



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

INCLUSIÓN POLÍTICA Y GOBIERNO DEMOCRÁTICO: EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Autor:

Julián Gaviria Mira

Director:

José María Sauca Cano

**DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO,
ECLESIAÍSTICO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO**

Getafe, febrero de 2017

TESIS DOCTORAL

INCLUSIÓN POLÍTICA Y GOBIERNO DEMOCRÁTICO: EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Autor: Julián Gaviria Mira

Director: José María Sauca Cano

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Secretario: (Nombre y apellidos)

Calificación:

Getafe, de de

ÍNDICE

Introducción	12
Introduction.....	17

PRIMERA PARTE

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA: EL DEBATE TEÓRICO SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Capítulo I. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista: dos vías de defensa del control de constitucionalidad	26
1. Defensa principialista del control de constitucionalidad: principios y justicia constitucional en Dworkin y Alexy.....	28
1.1. La democracia como democracia asociativa: el control de constitucionalidad en el pensamiento de Ronald Dworkin.....	28
1.1.1. La democracia asociativa.....	28
1.1.2. Consecuencias distributivas y participativas del proceso político.....	39
1.1.3. Protección derechos y justicia constitucional: el <i>foro de principio</i> dworkiniano	43
1.1.4. Democracia agregativa y judicialismo deliberativo	47
1.2. Argumentación y volición: representación basada en argumentos y representación basada en deseos en el marco del constitucionalismo discursivo alexiano.....	52
1.2.1. Representación argumentativa.....	53
1.2.2. Los principios como mandatos de optimización	56
1.2.3. Ponderación y colisión de principios.....	60
1.2.4. Los derechos fundamentales y los márgenes de acción del legislador	63
1.2.5. El margen de acción epistémico y la contradicción entre el principio formal y el principio iusfundamental material.....	65
1.2.6. Márgenes de acción y constitucionalismo discursivo.....	68
2. Luigi Ferrajoli y la defensa garantista del control de constitucionalidad	72
2.1. Democracia formal y democracia sustancial	72
2.2. La separación entre forma y sustancia.....	82
2.3. Ponderación y constitucionalismo garantista.....	85
2.4. La pesadilla política y el noble sueño judicial	97

2.5.	La soberanía popular en el constitucionalismo garantista.....	100
Capítulo II. Crítica procedimentalista al control de constitucionalidad: procedimientos y legitimidad democrática.....106		
1.	Regla de la mayoría y principio de igual participación: Jeremy Waldron y la justificación procedimental de la democracia.....	107
1.1.	Desacuerdos y el problema de la autoridad (o quién debe decidir en las circunstancias de la política).....	108
1.2.	Desacuerdos y toma de decisiones	114
1.3.	Imposibilidad de un «estándar orientado a los resultados».....	117
1.4.	¿Foro de principios?	121
1.5.	Independencia judicial	124
1.6.	Los jueces como razonadores morales.....	128
2.	Desacuerdos y derechos: problemas de la democracia procedimentalista de Jeremy Waldron.....	140
2.1.	El problema de la reflexividad y los límites del procedimentalismo	142
2.2.	Consenso por superposición y desacuerdos sobre lo justo.....	143
2.3.	Desacuerdos sobre procedimientos	149
2.4.	Separabilidad entre sustancia y procedimiento.....	152
2.5.	Las circunstancias de la política y el deber natural de justicia.....	155
2.6.	La posibilidad de una defensa instrumentalista	162
Capítulo III. El constitucionalismo deliberativo como alternativa al constitucionalismo político y jurídico167		
1.	Igual valor de los derechos	171
1.1.	<i>Constitucionalismo jurídico y constitucionalismo político</i> : jerarquía de derechos y control de constitucionalidad.....	171
1.2.	El igual valor de los derechos civiles, políticos y sociales	179
1.3.	Constitucionalismo jurídico y político como opciones institucionales	183
2.	Derechos civiles, sociales y políticos: derechos en tensión.	189
2.1.	Valor intrínseco y valor instrumental en el <i>planteamiento rawlsiano</i>	191
2.1.1.	Valor instrumental de los procedimientos.....	193
2.1.2.	El balance entre el valor intrínseco y el valor instrumental.....	196
2.2.	El valor intrínseco de los derechos y el valor instrumental de los procedimientos.....	197
2.3.	Valor intrínseco y valor instrumental: derechos y procedimientos en el análisis de la justificación del control de constitucionalidad.....	202
2.4.	Derechos en tensión: participación política y derechos sustantivos en el <i>planteamiento rawlsiano</i>	204

2.4.1.	El enfrentamiento entre principios	206
3.	El igual valor de los derechos y su carácter interdependiente.....	209
3.1.	Interdependencia o conflicto entre derechos.....	209
3.1.1.	El hecho intelectualmente incómodo	209
3.1.2.	El carácter cooriginal e interdependiente de los derechos	210
3.1.3.	De la tensión a la interdependencia	213
3.2.	La interdependencia entre derechos igualmente valiosos y su protección constitucional.....	215
3.2.1.	La protección de derechos significa <i>incluir</i> en un sentido político a todos los miembros de la comunidad política	215
3.2.2.	La creación de castas es contraria a la igualdad de derechos	220
3.2.3.	Más allá de la idea de minorías: la exclusión política	222
3.2.4.	Inclusión política más allá de los derechos de participación	226
3.3.	Ely y el control de constitucionalidad como aporte al proceso democrático	231
3.3.1.	La representación en la democracia pluralista	232
3.3.2.	Un giro deliberativo.....	235

SEGUNDA PARTE

LA LABOR DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS GRUPOS MARGINALIZADOS

Capítulo IV. La protección constitucional de los grupos marginalizados...245

1.	Grupos excluidos y la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.....	246
1.1.	Grupos de especial protección constitucional.....	246
1.1.1.	De sujetos a grupos de especial protección constitucional.....	247
1.1.2.	Acción e inacción por parte del Estado	252
1.1.3.	Criterios de identificación de los grupos.....	253
1.2.	Exclusión política y la <i>especial protección</i>	255
1.2.1.	Grupos sociales y desigualdades estructurales	256
1.2.2.	Desigualdad y exclusión política.....	258
2.	Constitucionalismo dialógico	260

Capítulo V. La acción de la justicia constitucional en Colombia: cuatro casos de defensa de los grupos marginalizados.....270

1.	Petróleo y pueblos indígenas. La intervención de la Corte en el Caso U'wa.....	271
1.1.	El conflicto Oxy-U'wa	273
1.2.	Decisión de la Corte	276
1.2.1.	El derecho de participación y la supervivencia de las comunidades indígenas.....	277
1.2.2.	Límites de la protección de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela.....	282
	Conclusión	284
2.	Justicia constitucional y acceso a la salud en Colombia. El caso de la Sentencia T-760 de 2008.....	286
2.1.	Consideraciones preliminares	286
2.2.	La rutinización del litigio en salud	293
2.3.	Sentencia T-760 de 2008 y el enfoque estructural	302
2.4.	El carácter dialógico de la Sentencia T-760	307
2.5.	Interpretación de las exigencias derivadas de la garantía universal a la Seguridad Social.....	311
2.6.	Exclusión social y garantía del derecho a la salud.....	314
	Conclusión	316
3.	La crisis del desplazamiento forzado en Colombia y la protección de los derechos fundamentales por parte de La Corte Constitucional. El enfoque dialógico en la Sentencia T-025 de 2004	317
3.1.	Situación previa a la Sentencia T-025 de 2004.....	318
3.2.	La Corte Constitucional y el problema del desplazamiento	322
3.2.1.	Problemas relacionados con la capacidad institucional.....	326
3.2.2.	Problemas relacionados con la falta de financiación.....	330
3.2.3.	Establecimiento de una protección mínima de los derechos constitucionales de los desplazados.	333
3.3.	Mecanismos de seguimiento de la Sentencia T-025 de 2004.....	336
3.4.	Derechos y remedios en la Sentencia T-025 de 2004.....	342
3.5.	La respuesta del legislativo a la T-025 de 2004	349
	Conclusión	351
4.	La Corte Constitucional y las violaciones de derechos en el sistema carcelario colombiano.....	353
4.1.	La Sentencia T-153 de 1998 y la declaración del primer <i>estado de cosas inconstitucional</i> sobre el estado de las prisiones en Colombia	355
4.1.1.	Los presos y la condición de marginalidad	355

4.1.2.	Incumplimiento por parte de las instituciones colombianas de su propia normativa.....	357
4.1.3.	Decisión de la Corte Constitucional.....	359
4.2.	Un nuevo estado de cosas inconstitucional.....	361
4.2.1.	Una nueva política criminal	364
4.2.2.	Decisión de la Corte	367
4.2.3.	Un «estándar de constitucionalidad mínimo para una política criminal respetuosa de los derechos humanos».....	371
	Conclusión	372
Capítulo VI. La justicia constitucional en el contexto colombiano: un análisis final sobre la legitimidad del control de constitucionalidad		377
1.	Debilidad de los procedimientos representativos.....	379
1.1.	Prevalencia de los procedimientos mayoritarios	379
1.2.	Fallas de la representación.....	382
2.	Constitucionalismo dialógico y la protección de los grupos marginalizados.....	387
2.1.	Efectos de las sentencias	387
2.2.	La Corte Constitucional colombiana y la protección dialógica de los derechos constitucionales	389
2.3.	La objeción democrática y la labor de la justicia constitucional en Colombia.....	395
Conclusiones.....		399
Conclusions		410
Bibliografía		421

Índice de abreviaturas

C.C.:	Constitución colombiana
C.E.:	Constitución española
CIDH:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNAIPD:	Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia
CNSSS:	Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud
CODHES:	Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento
CONPES:	Consejo Nacional de Política Económica y Social
CRES:	Comisión de Regulación en Salud
C.P.:	Constitución Política
CTC:	Comité Técnico Científico
DNP:	Departamento Nacional de Planeación
ECI:	Estado de Cosas Inconstitucional
EPS:	Entidades Promotoras de Salud
IDH:	Índice de Desarrollo Humano
IPS:	Instituciones Prestadoras de Salud
INPEC:	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario
M.P.:	Magistrado Ponente
POS:	Plan Obligatorio de Salud
POS-C:	Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo
POS-S:	Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado
Sentencia C:	Sentencia de Constitucionalidad
Sentencia SU:	Sentencia de Unificación
Sentencia T:	Sentencia de Tutela
SGSSS:	Sistema General de Seguridad Social en Salud

SNAIPD: Sistema Nacional de Atención Integral a la Población
Desplazada

Introducción

En las últimas décadas se ha debatido intensamente sobre el carácter contramayoritario y antidemocrático del control de constitucionalidad. Este debate, caracterizado por un fuerte enfrentamiento entre aquellos que defienden la idea de la *constitución como límite* y quienes entienden la *constitución como proceso*, ha contrapuesto dos corrientes teóricas que han pretendido agotar todas las posibles posiciones acerca de la legitimidad o ilegitimidad del control de constitucionalidad.

Con el objetivo de abordar este problema desde una perspectiva más amplia que permita ver nuevos matices y dar luces sobre las relaciones entre constitución, derechos y democracia, el trabajo que aquí se presenta se ha fijado un doble objetivo. En primer lugar, ha buscado reconstruir el debate actual sobre la legitimidad del control de constitucionalidad en el cual se presenta una contraposición entre dos grandes corrientes teóricas: el *constitucionalismo jurídico* y el *constitucionalismo político*. En este debate, la primera corriente ha defendido un modelo institucional caracterizado por el establecimiento de constituciones escritas, con amplias cartas de derechos *atrincheradas* y un sistema de protección de dichos derechos en cabeza de jueces constitucionales. La segunda corriente, amparada en la idea de *constitución como proceso*, defiende los elementos esenciales de la democracia representativa: representación política fruto de la competencia electoral entre partidos y decisión por regla de la mayoría en las asambleas representativas.

Ambas posiciones defienden sus elecciones institucionales amparados en el establecimiento de una especie de jerarquía entre diferentes tipos de derechos. Los *constitucionalistas políticos* asumen que el derecho de igual participación es *el derecho de los derechos*, mientras los *constitucionalistas jurídicos* consideran estos

misimos derechos de participación (derechos políticos) como derechos instrumentales, relevantes en cuanto herramientas útiles para el desarrollo y protección de los derechos sustantivos (derechos civiles y sociales).

Esta dicotomía, que parece cerrar el espacio de discusión acerca de la legitimidad de la justicia constitucional, deja de lado una tercera opción. Esta tercera corriente (que aquí llamamos *constitucionalismo deliberativo*) defendería el igual valor de los diferentes grupos de derechos (civiles, sociales y políticos), lo que llevaría a adoptar un enfoque diferente al momento de analizar las distintas opciones institucionales defendidas por las dos primeras corrientes. Éste es el *enfoque contextual*, el cual exige que se tengan en cuenta las circunstancias bajo las cuales las diferentes instituciones que conforman el sistema democrático actúan. Al asumir este enfoque contextual, se entiende que la pregunta sobre la legitimidad del control de constitucionalidad sólo se podrá responder atendiendo a las circunstancias históricas, políticas y culturales en las cuales dicha institución opera o podría operar.

En segundo lugar, esta tesis aborda un estudio de caso. En él se analiza la labor ejercida por la Corte Constitucional colombiana en la protección de grupos políticamente marginalizados. El estudio de caso permite analizar las posibilidades que encierra la justicia constitucional como un mecanismo que, lejos de operar como un límite a la democracia, puede hacer un aporte vital al gobierno democrático. Estas posibilidades estarían ligadas a la capacidad de los fallos de Corte Constitucional, por un lado, de proteger los derechos de los grupos que se presentan como constantes perdedores en los procesos democrático-representativos y, por el otro, de lograr esta protección a través de procedimientos que logren ampliar antes que limitar el debate público.

De esta manera, sería posible observar cómo, contrario a lo supuesto por el *constitucionalismo político*, el actuar de la justicia constitucional puede ser una vía eficaz para la inclusión política, cumpliendo de esta manera un papel valioso para que aquellos grupos a los cuales las soluciones procedimentalistas (competencia entre partidos, elecciones, representación y regla de la mayoría) no logran integrar a la comunidad política, tengan cabida en los procesos de decisión públicos.

De igual forma, el análisis de los casos permite pensar en nuevas formas de protección de derechos que respondan de mejor manera a las preocupaciones y argumentos presentados por el *constitucionalismo político* acerca del riesgo (real) de reforzar una concepción elitista de la política y promover un entendimiento paternalista de los derechos fundamentales, preocupaciones a las que la tesis *iusconstitucionalista*, dada la preeminencia que ésta otorga a los derechos sustantivos y el mero valor instrumental que le asigna a los derechos de participación, no logra responder adecuadamente.

Para desarrollar el objeto de esta investigación, la tesis se ha dividido en dos partes. En la PRIMERA PARTE se abordará el debate teórico sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad atendiendo a las tres grandes corrientes anunciadas en los párrafos anteriores. En el **Capítulo I** se estudiará la posición defendida por el *constitucionalismo jurídico* acerca de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad, teniendo en cuenta las dos grandes corrientes que la integran. Así, en el apartado 1. se estudiarán dos autores calificados como ejemplos del *constitucionalismo principialista* (Ronald Dworkin y Robert Alexy) y, en el apartado 2., al principal exponente del *constitucionalismo garantista*, Luigi Ferrajoli.

En el **Capítulo II**, se estudiará la crítica elevada por el *constitucionalismo político* en contra de la justicia constitucional. Para ello se estudiarán en el apartado 1. las bases de la propuesta procedimentalista (la defensa del principio de igual participación, las circunstancias de la política y el problema de autoridad) y en el apartado 2. los problemas a los que dicha posición debe hacer frente.

En el **Capítulo III**, se abordará la posición defendida por el *constitucionalismo deliberativo* y se mostrará cómo este planteamiento se encuentra en una mejor posición para evaluar la legitimidad de la justicia constitucional. En el apartado 1. se hará referencia a los límites a los que se enfrentan las tesis defendidas tanto por los constitucionalistas políticos como por los constitucionalistas jurídicos, en particular la dificultad que presenta la preeminencia que los primeros dan al principio de igual participación y los segundos a los derechos sustantivos. En contra de lo afirmado por estas dos corrientes, se defenderá la necesidad de adoptar una propuesta alternativa: la defensa del igual valor de los diferentes grupos de derechos (*tesis de la equivalencia*) y la necesidad de adoptar un *enfoque contextual* al momento de estudiar el problema de la legitimidad democrática de la justicia constitucional. Esta *tesis de la equivalencia* puede ser entendida de diversas maneras. Puede considerarse que las relaciones entre derechos igualmente valiosos son de conflicto (posición que se estudiará en el apartado 2.) o, de forma alternativa, puede entenderse que existe una relación de interdependencia y mutuo soporte (tesis que se estudiará en el apartado 3.).

En la SEGUNDA PARTE se abordará el estudio de caso. En el **Capítulo IV** se hará referencia a las construcciones jurisprudenciales elaboradas por la Corte Constitucional colombiana que han tenido por objetivo crear categorías que permitan la protección adecuada de los grupos políticamente excluidos. En el

Capítulo V se pasará al examen de los cuatro casos elegidos para el análisis del actuar de la justicia constitucional en el contexto colombiano. Estos cuatro casos son relevantes en la medida en que permiten observar dos elementos destacados del control de constitucionalidad en Colombia: por un lado, la capacidad de proteger los derechos de aquellas personas y grupos que han sido tradicionalmente excluidos del sistema político y, por otro, la posibilidad de intervenciones judiciales que permitan ampliar el diálogo democrático en vez de cerrarlo. El primero de ellos, referido al conflicto entre el pueblo U'wa y la Oxy ante la intervención en de empresas petroleras en territorio U'wa, será tratado en el apartado 1.. En el apartado 2., se estudiará el fallo sobre el sistema de salud colombiano (Sentencia T-760 de 2008), en donde la Corte se ocupó de la protección de los derechos de los afectados por el sistema segregado de protección social en salud, grupo que se corresponde precisamente con aquellas personas de menores recursos en Colombia. En el apartado 3. se estudia el fallo relativo a la protección de los derechos de las víctimas del desplazamiento derivado del conflicto interno colombiano. Finalmente, en el apartado 4. se analizan los dos fallos en los que la Corte estudia las violaciones masivas de derechos humanos en el sistema carcelario colombiano.

En el último de los capítulos (**Capítulo VI**) se hace un balance general sobre los casos que ocuparon el **Capítulo V** y se estudian, teniendo como base el análisis hecho en el **Capítulo III**, los elementos dialógicos del actuar de la Corte Constitucional colombiana y su capacidad de proteger los derechos de los miembros de aquellos grupos excluidos.

Introduction

In the last decades the counter-majoritarian and antidemocratic character of the constitutional review has been intensively debated. This debate, characterized by a strong confrontation between those who defend the idea of the *constitution as a limit* and those who perceive *constitution as a process*, has opposed two theoretical streams that have tried to exhaust all the possible positions about the legitimacy or illegitimacy of the constitutional review.

With the objective to address this problem from a wider perspective that allows to view new shades and to enlighten the relation among constitution, rights and democracy, the work presented here has been traced with a double objective. In first place, it has looked to reconstruct the current debate around constitutional review where an opposition between two great theoretical streams is present: *legal constitutionalism* and *political constitutionalism*. In this debate the first stream has defended an institutional model characterized by the establishment of written constitutions, with *entrenched* broad bills of rights and a judicial protection of those rights. The second stream, based on the idea of the *constitution as a process*, defends the essential elements of the representative democracy: political representation as the fruit of the electoral competition between parties and the decision by majority rule in representative assemblies.

Both positions defend their institutional preferences based on the establishment of a sort of hierarchy among different types of rights. The *political constitutionalists* assume that the right of equal participation is *the right of rights*, while the *legal constitutionalists* consider these same participation rights (political rights) as instrumental rights, relevant as useful tools for the development and protection of substantive rights (civil and social rights).

This dichotomy, which seems to close the space for discussion about the legitimacy of constitutional justice, leaves aside a third option. This third stream, that here we call *deliberative constitutionalism*, would defend the equal value of the different rights groups (civil, social and political), which would lead to adopting a different perspective at the moment of analyzing the various institutional options defended by the first two streams. This is the *contextual approach* that demands to consider the circumstances which the different institutions, the ones that form the democratic system, act under. When we take this contextual approach, it is understood that the question about the legitimacy of the constitutional review can only be answered attending to the historical, political and cultural circumstances in which such institution operates or could operate.

In second place, this thesis addresses a study case. In it, it is analyzed the work done by the Colombian Constitutional Court in the protection of the politically marginalized groups. The case study allows us to analyze the possibilities that enclose the constitutional justice as a mechanism that, far from working as a limit to democracy, can make a vital contribution to democratic government. These possibilities would be linked to the capacity of the rulings of the Constitutional Court, on one hand, to protect the rights of groups that appear as constant losers in the representative-democratic processes and, on the other hand, to achieve such protection through proceedings that accomplish to broaden as opposed to limiting, the public debate.

In this manner, it would be possible to observe how, the acting of constitutional justice can be an effective mean for political inclusion. This way the constitutional review fulfills a valuable task for those groups which are not successfully integrated in the political community by proceduralist solutions

(competition between parties, elections, representation and ruling of the majority).

Just the same, the analysis of the cases permits to think in new ways of protecting the rights that answer in a better way to the worries and arguments presented by *political constitutionalism* about the (real) risk of reinforcing an elitist conception of politics and promote a paternalistic understanding of the fundamental rights; worries to which the thesis defended by *legal constitutionalism*, given the preeminence that this one bestows on the participation rights, does not achieve to answer correctly.

To realize the object of this investigation, the thesis has been divided in to parts. In the First Part the theoretical debate about the democratic legitimacy of the constitutional review will be addressed, attending to the three big streams mentioned in the previous paragraphs. In **Chapter I** the position defended by *legal constitutionalism* about the democratic legitimacy of constitutional review will be studied, bearing in mind the two great streams that make part of it. Like so, in the subsection 1. two authors recognized as exemplars of *principle-constitutionalism* (Ronald Dworkin and Robert Alexy) and, in the subsection 2., the leading exponent the *guarantee-constitutionalism*, Luigi Ferrajoli, will be studied.

In **Chapter II**, we will study the criticism arose by *political constitutionalism* against constitutional review. For this, in subsection 1. the bases of the proceduralist proposal (the defense of the equal participation principle, the circumstances of politics and the problem of authority) and in subsection 2. the problems that such position must face will be studied.

In **Chapter III**, the position defended by *deliberative constitutionalism* will be addressed and it will be shown how this proposal is in a better position to

evaluate the legitimacy of the constitutional justice. In the subsection 1. references will be made about the limits that are present in the thesis defended by both the political constitutionalists and the judicial constitutionalists, particularly the difficulty that presents the preeminence which the first give to the principle of equal participation and the second to substantive rights. Against to what was stated by these two streams, we will defend the need to adopt an alternative proposal: the defense of the equal value of the various rights groups (*equivalence thesis*) and the need to adopt a *contextual approach* at the moment of studying the problem of the democratic legitimacy of constitutional justice. This *equivalence thesis* can be understood in diverse ways. It can be considered that the relationship among equally valuable rights are relations of conflict (position that will be studied in subsection 2.) or, in an alternative manner, it can be understood that there exist a relation of interdependence and mutual support (thesis that will be studied in subsection 3.).

The SECOND PART will address the study case. **Chapter IV** references the jurisprudential constructions elaborated by the Colombian Constitutional Court, which objective has been to create categories that permit the adequate protection of politically alienated groups. In **Chapter V** we move on to the four cases chosen for the analysis of the actions of the constitutional justice in the Colombian context. The first of them, referring to the conflict between the U'wa people and the Oxy Corp. over the intervention by oil companies in U'was' territory, will be addressed in subsection 1.. In subsection 2. we study the ruling on the Colombian health system in which the Court dealt with the protection of the rights of those affected by the segregated social health protection system, a group that corresponds to those people of lesser resources in Colombia. In subsection 3. we will study the ruling related to the protection of the rights of

the victims of forced displacement derived from the Colombian internal conflict. Finally, in subsection 4. we will analyze the two rulings in which the Court studies the massive violations of human rights in the Colombian penitentiary system.

The last chapter (**Chapter VI**) holds a general balance about the cases placed in **Chapter V**, and studies, on the basis of the analysis done in **Chapter III**, the dialogical elements of the Colombian Constitutional Court actions and its capacity to protect the rights of the members of excluded groups.

PRIMERA PARTE

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA: EL DEBATE TEÓRICO SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El debate sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad ha girado en las últimas décadas alrededor de dos tesis. De un lado están los defensores del denominado *constitucionalismo jurídico*, quienes afirman la legitimidad de esta institución basándose en la necesidad de establecer garantías efectivas para la protección de los derechos constitucionales. El establecimiento de mecanismo de justicia constitucional es visto no sólo como compatible con el sistema democrático, sino que se asume como necesario al entenderse como exigencia derivada del mismo establecimiento de derechos constitucionales.

Contrario a este planteamiento es la posición defendida por los llamados *constitucionalistas políticos*, para quienes la existencia de una institución como la justicia constitucional implica la implantación, en medio del sistema democrático, de mecanismos contrarios a la igualdad política. Dicha igualdad, consideran los defensores de esta corriente, sólo puede ser garantizada por procedimientos que muestren igual respeto hacia todos los miembros de la comunidad política al dar el mismo peso al juicio que se han formado los ciudadanos. El valor de la democracia estaría fijado entonces por la posibilidad de participar como un igual en la toma de decisiones públicas y esto sólo puede lograrse a través de la regla de la mayoría.

El panorama teórico queda entonces dividido entre dos opciones contrapuestas, la *tesis iusconstitucionalista* y la *tesis procedimentalista*. Si se acepta la primera, se debe aceptar como necesaria la implementación de mecanismos de justicia constitucional. De lo contrario, se estaría desconociendo el valor de los derechos fundamentales consagrados en la constitución y, por ende, la constitución misma. Para los *iusconstitucionalistas*, el debate se presentaría como una contraposición entre democracia y constitución en la que la primera debe ceder ante la segunda. El *constitucionalismo jurídico* entiende entonces que la

democracia (entendida como toma de decisiones a través de la regla de la mayoría) tiene un lugar en los sistemas de gobierno actualmente existentes, pero dicho lugar se encuentra subordinado a la constitución y su catálogo de derechos.

Si, por el contrario, se rechaza el modelo iusconstitucionalista y se acepta la propuesta procedimentalista, la democracia (entendida de nuevo como toma de decisiones a través de la regla de la mayoría) se vería necesariamente afectada por la instauración de mecanismos que dan la *última palabra* a elites de funcionarios judiciales que no responden ante los ciudadanos. El carácter contramayoritario de los mecanismos de justicia constitucional marca, a su vez, su carácter antidemocrático.

En la tradicional división entre derechos civiles, sociales y políticos, en donde unos derechos estarían vinculados a la protección de la autonomía privada (derechos civiles), otros a la protección de la autonomía pública (derechos políticos) y otros a la garantía de las condiciones materiales necesarias para un actuar autónomo (derechos sociales), las diferentes corrientes teóricas mencionadas toman partido por alguno de estos grupos. Mientras los *iusconstitucionalistas* entienden que hay una prevalencia de los derechos vinculados a la autonomía privada sobre los derechos vinculados a la autonomía pública, los *constitucionalistas políticos* entienden que lo contrario es lo correcto. Esto se resume en la idea de los derechos como límites a la acción política (los márgenes de acción constitucional o las esferas de lo indecible) que guía al pensamiento *iusconstitucionalista*, así como la concepción del derecho de igual participación como el *derecho de los derechos* defendida por los *procedimentalistas*.

En medio de estas dos posiciones contrarias existe la posibilidad de un *tertium genus* o vía media, según la cual se debe renunciar a establecer relaciones de primacía o preeminencia entre los diferentes grupos de derechos y asignando *igual valor* a los grupos de derechos vinculados a la autonomía privada y pública. Esta concepción es la que aquí llamaremos *constitucionalismo deliberativo*. En el plano teórico, esta concepción afirma que tanto los derechos vinculados a la autonomía privada, como a la autonomía pública, tienen un igual valor y son necesarios para la conformación del gobierno democrático. La democracia no es entendida entonces como la toma de decisiones a través de mecanismos mayoritarios, sino como una forma de gobierno en la cual la participación política es entendida de manera mucho más exigente y nunca desvinculada de los derechos que protegen la autonomía privada. En el plano institucional, el *constitucionalismo deliberativo* adopta un *enfoque contextual* relativo a la legitimidad del control de constitucionalidad al considerar que, en determinadas circunstancias, la justicia constitucional puede jugar un papel de reforzamiento del gobierno democrático.

Teniendo en cuenta estos tres enfoques, la primera parte de esta investigación estudia el debate teórico sobre el control de constitucionalidad en tres capítulos. En el **Capítulo I** se estudia la posición defendida por el *constitucionalismo jurídico*, distinguiendo entre sus dos principales corrientes: el *constitucionalismo principialista* y el *constitucionalismo garantista*. En el **Capítulo II** se estudiará la defensa *procedimentalista* del principio de igual participación y su crítica al control de constitucionalidad defendido por los primeros. Por último, en el **Capítulo III** se analizará la defensa que el *constitucionalismo deliberativo* hace del igual valor e interdependencia de los derechos vinculados tanto a la autonomía pública como a la autonomía privada, así como el *enfoque contextual* necesario para el estudio de la legitimidad del control de constitucionalidad.

Capítulo I. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista: dos vías de defensa del control de constitucionalidad

En el **Capítulo I** de esta tesis se estudia la defensa del control de constitucionalidad desde el enfoque *iusconstitucionalista* que tiene entre sus principales defensores a Dworkin, Alexy y Ferrajoli. Estos tres autores comparten la tesis de la necesidad de establecer límites jurídicos (que toman forma en los derechos fundamentales y la justicia constitucional) a los poderes políticos, los cuales deben ser entendidos como poderes sometidos al marco constitucional.

A pesar de compartir esta visión general del papel de los derechos constitucionales y su relación con los procedimientos mayoritarios, los primeros dos autores (Dworkin y Alexy) hacen parte de lo que Ferrajoli ha llamado *constitucionalismo principialista*, corriente caracterizada por la afirmación de los vínculos entre derecho y moral y su recurso a la ponderación como forma de enfrentar las colisiones entre principios. Por su parte, Ferrajoli defiende su propia versión del *constitucionalismo jurídico*: el *constitucionalismo garantista*. En su interpretación garantista, el *iusconstitucionalismo* se alejaría a la vez de lo que el autor italiano considera corrientes *neo-iusnaturalistas* (como el principialismo), así como posiciones de las ligadas al positivismo formalista o *paleo-positivistas*.

Siguiendo este esquema conceptual¹ estudiaremos, en el apartado 1., las concepciones de la democracia defendidas por Ronald Dworkin y Robert Alexy, así como su defensa del control de constitucionalidad y, en el apartado 2., el *constitucionalismo garantista* de Luigi Ferrajoli.

¹ Estas distinciones son tratadas a profundidad por Ferrajoli en *El constitucionalismo garantista entre el paleo-positivismo y el neo-iusnaturalismo* (Ferrajoli, 2011c) y en *El Constitucionalismo Garantista. Entre Paleo-iuspositivismo y Neo-iusnaturalismo* (Ferrajoli, 2011d).

1. *Defensa principialista del control de constitucionalidad: principios y justicia constitucional en Dworkin y Alexy.*

1.1. La democracia como democracia asociativa: el control de constitucionalidad en el pensamiento de Ronald Dworkin.

La justicia constitucional² y su capacidad de revisar la legislación producida por los órganos democrático-representativos ha sido una de las instituciones de mayor éxito en el ámbito constitucional. Su establecimiento tanto en nuevas democracias como en países con una larga tradición democrática ha crecido junto con el debate sobre su legitimidad al considerarse que la introducción de la revisión judicial de las leyes ha significado, en palabras de Alexander Bickel, la incorporación de «una fuerza contramayoritaria en nuestro[s] sistema[s]» (1962: 16). ¿Cómo justifica Dworkin la existencia de este tipo de instituciones capaces de dejar sin fuerza las decisiones de las mayorías? Este será el tema de estudio del apartado 1.1. en el que analizaremos los argumentos dados por Dworkin para la defensa de la revisión judicial de las leyes desde la perspectiva de la democracia asociativa.

1.1.1. La democracia asociativa

La tensión existente entre el control de constitucionalidad de las leyes y la democracia la expone Dworkin en *Justice for hedgehogs* (2011: 380) de la siguiente manera: «¿Es la práctica de la revisión judicial, la cual permite a jueces elegidos de por vida declarar inconstitucionales actos del ejecutivo y del legislativo, ilegítima por ser antidemocrática? ¿O es esta práctica, por el contrario, un necesario y deseable correctivo a la democracia? ¿O –una tercera posibilidad– es

² Siguiendo a Prieto Sanchís, entiendo la *justicia constitucional* en un sentido amplio como «la garantía de la Constitución a través de la acción de los jueces y tribunales» (2003: 139).

la práctica en verdad esencial para crear una genuina democracia? Cada una de estas posiciones es ampliamente defendida y no podemos escoger entre ellas sin escoger entre concepciones de la democracia y defender nuestra elección»³.

En un principio se podría considerar extraña la pregunta planteada por el autor. Por qué debemos preguntarnos por la legitimidad de la justicia constitucional, sobre todo cuando dicha institución goza de plena salud en la gran mayoría de democracias y es cada vez mayor el número de países que la incorporan en su sistema constitucional. Qué dudas puede plantear la defensa de los derechos fundamentales a través del control de constitucionalidad y, sobre todo, cómo puede esto ser considerado antidemocrático.

Este ha sido un debate en el que, al menos en el contexto norteamericano, han participado un gran número de teóricos, desde Alexander Bickel y su clásico *The least dangerous branch* (1962) hasta *Justice for Hedgehogs* (2011) de Dworkin, pasando por no pocos clásicos como *Democracy and distrust* (1980) de John Hart Ely o *Democracy and its Critics* (1989) de Robert Dahl. El principal problema que los críticos del control de constitucionalidad encuentran en este mecanismo –la capacidad de los jueces de determinar, con base en principios constitucionales abstractos, cuáles normas pertenecen al sistema jurídico, determinación que tiene carácter definitivo y que se constituye en última palabra- es que la autoridad que le asignamos a los jueces constitucionales reduce la autoridad de los órganos representativos, es decir, entre mayor sea la autoridad de la justicia constitucional, menor será la de las instituciones democrático-representativas (Dahl, 1989: 188). La revisión judicial de la ley es

³ Las citas de textos en inglés en el presente trabajo son, salvo que se indique otra cosa, traducciones propias.

antidemocrática en tanto contramayoritaria, pues la democracia –según estos críticos- es el gobierno de las mayorías a través de sus representantes.

Esta posición es la que desea atacar Dworkin a través de su defensa del control de constitucionalidad. Si queremos establecer si una determinada institución es democráticamente legítima, debemos primero determinar qué entendemos por democracia y luego analizar si en dicha concepción hay lugar o no para la institución estudiada. Los críticos del control de constitucionalidad, dice Dworkin, asumen una concepción de la democracia según la cual ésta es el gobierno de las mayorías y esto hace que la conclusión a la que lleguen no pueda ser otra que la de considerar ilegítima la justicia constitucional.

¿Cuál es entonces la manera adecuada de responder a la pregunta sobre la legitimidad del control de constitucionalidad? Para el profesor norteamericano, el debate en torno a la justicia constitucional se presenta como una contraposición entre dos formas de entender la democracia. La primera (que Dworkin llama mayoritaria, pero que a lo largo de esta tesis se llamará *procedimentalista* o *político-constitucionalista*) asume una concepción mayoritaria de la democracia -una en la que sólo importa la igualdad de impacto realizada a través de la igualdad de voto- y según la cual no habría posibilidad de una defensa de la justicia constitucional.

La segunda, en la cual se integrarían los defensores del control de constitucionalidad, recurre a una versión enriquecida de la democracia en la que se entiende que ésta incluye factores no sólo procedimentales, sino también sustanciales. Dentro de estas concepciones de la democracia de corte sustantivo (en la medida en que consideran que los procedimientos democrático-representativos no bastan para explicar el concepto de democracia) se integra el modelo de democracia asociativa defendida por Dworkin.

Para el autor norteamericano la democracia asociativa es un sistema político en el que los miembros de una sociedad se gobiernan a sí mismos reconociendo a cada uno como un socio de pleno derecho dentro de ésta. De este reconocimiento se deriva que las decisiones emanadas de este sistema sólo pueden ser aceptadas como democráticas cuando reconozcan y respeten la calidad de cada ciudadano como socio de pleno derecho. Tal como se expone en *Freedom's Law*, esta concepción de la democracia exige que «las decisiones colectivas se tomen a través de instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad -como individuos- con igual consideración y respeto» (Dworkin, 1996a: 17)⁴.

Como se puede ver, la concepción asociativa fija como centro de la democracia el principio de igual consideración y respeto. No queda claro, sin embargo, qué exigencias se derivan de este principio. Para Dworkin, para entender qué demanda el principio de igual consideración y respeto, es necesario tener primero en cuenta los sub-principios que de este principio general se derivan. El primero de ellos es el denominado *principio de igual consideración*, según el cual cada vida humana tiene un valor intrínseco y, por lo

⁴ La democracia asociativa no debe confundirse con la denominada *democracia consociativa* o *consociacional*. Este último término, acuñado por Arend Lijphart, hace referencia a regímenes políticos que buscan resolver o evitar el conflicto entre los principales segmentos o grupos de una sociedad plural, estableciendo medios de cooperación entre élites (ver Lijphart, 1977: 25). El segundo, como se ha afirmado, se corresponde con una concepción de la democracia que tiene como principal característica el mostrar igual respeto por cada uno de los miembros de la comunidad política, es decir, por tratar a cada ciudadano como un socio (*partner*) en el proyecto de gobierno común. Por esta razón se traduce *partnership conception of democracy* como democracia asociativa.

tanto, debe ser defendida y protegida. El segundo, el *principio de responsabilidad*, exige que cada ser humano elija por sí mismo la manera en que debe realizar su propia vida (Dworkin, 2006a: 24 y ss., 144 y ss.; 2011: 330 y ss.). Estos dos principios derivados de la dignidad humana son aquellos que en el lenguaje tradicional de la teoría política se denominan principio de igualdad y principio de libertad, los cuales se encontrarían unidos de manera tal que la garantía de cada uno de ellos se ve reforzada y complementada por la protección del otro (Dworkin, 2011: 331).

Como puede observarse, la concepción asociativa entra en clara contradicción con la llamada concepción *procedimentalista* o *político-constitucionalista*. Esta última centra su atención en el principio de igual participación política como el principal o *único* derecho a tener en cuenta en una teoría de la autoridad (al momento de fijar *quién* y *cómo* se decide)⁵. De esto se sigue que un sistema político se considera democrático si los procedimientos elegidos para la toma de decisiones colectivas respetan el principio de igual participación al dar igual voz a cada miembro de la comunidad o, como es reconstruido por Dworkin en *Freedom's Law*, el principio de igual participación establecería la exigencia de igualdad de impacto político, es decir, que al momento de tomarse una decisión la opinión que se haya formado cada ciudadano acerca del asunto a decidir debe tener el mismo impacto que la de los demás (Dworkin, 1996a: 27; 2011: 388).

Pero para la democracia asociativa, la simple igualdad de impacto no es suficiente para hacer a un sistema político democrático. El respeto por las opiniones que los ciudadanos se han formado sobre los asuntos públicos es sin

⁵ Sobre la distinción entre teorías de la autoridad y teorías de la justicia ver Waldron, 1999a: 3, 102, 245.

duda algo que se debe entender como parte de una concepción de la democracia y en esto coincidirían las concepciones procedimentales y sustantivas. Pero, si bien la igualdad de impacto reconoce tanto el igual valor de cada vida humana, como la responsabilidad de cada persona en la determinación de los asuntos públicos, los defensores de la democracia procedimental comenten el error de tomar la igualdad de impacto como la única condición para satisfacer el principio de igual consideración y respeto, base del gobierno democrático según la concepción asociativa de la democracia. Para quienes defienden esta última, la igualdad política exige no sólo igualdad de voz, sino también igualdad de trato. Por lo tanto, el principio de igual cuidado y respeto no sólo aceptaría las desigualdades de impacto cuando estas hagan más factible la defensa de aquellas libertades que garantizan el respeto de la igual dignidad, sino que las exigiría⁶.

⁶ En el apartado 2. del **Capítulo III** se estudiará lo que Juan Carlos Bayón ha llamado *planteamiento rawlsiano* del problema sobre carácter antidemocrático del control de constitucionalidad. En dicho planteamiento se asume que hay en realidad un enfrentamiento, una tensión, entre la democracia y la justicia constitucional. Esto, obviamente, lo distingue del constitucionalismo en la medida en que no considera que una redefinición del concepto de democracia solucione el problema que plantea la objeción democrática. A pesar de lo dicho, es importante reconocer –como el mismo Bayón anota (2004: 69-70)- que las similitudes entre el planteamiento rawlsiano y la tesis de Dworkin son tales que terminan defendiendo posiciones muy cercanas. En el caso de Dworkin, la tensión es interna a la democracia y se resuelve estableciendo qué es en verdad la democracia y cuál su valor. Para el caso de Bayón, la tensión se da entre democracia (o principio de igual participación) y derechos fundamentales. Para ambos, sin embargo, se considera que es posible justificar el control de constitucionalidad a pesar de la desigualdad que crea (desigualdad de impacto o de participación

Esto lleva el debate a preguntarse por las circunstancias y las condiciones que harían posible asignarles mayor peso político a las decisiones de algunos ciudadanos –romper la igualdad de impacto–, sin considerar esta medida como antidemocrática. Para comenzar, Dworkin considera que, como regla general, toda desigualdad de impacto político es equivocada y antidemocrática a menos que reúna dos requisitos: 1) «no debe mostrar o suponer que algunas personas nacieron para gobernar a otros» y 2) «debe ser posible suponer que los arreglos constitucionales que crean la diferencia de impacto mejoran la legitimidad de la comunidad» (Dworkin, 2011: 392).

Para Dworkin, los defensores de la democracia procedimental han defendido los mecanismos propios de la democracia representativa (igualdad de voto, lucha entre partidos políticos, representación política y regla de la mayoría) sin preguntarse críticamente sobre la diferencia de poder político que estas mismas instituciones crean. La igualdad de impacto *horizontal* (aquella que garantiza que cada ciudadano, a través de su voto, tenga la misma capacidad que los demás de determinar la decisión política final) deja de lado otras diferencias de poder político, referidas no a la diferencia de poder entre ciudadanos, sino a las diferencias *verticales* que se dan entre los ciudadanos y aquellas personas que tienen bajo su control los recursos y poderes del Estado⁷. La representación política asigna un mayor peso a las decisiones de los representantes que a las de los ciudadanos, razón por la cual no hay en principio razones para excluir de la

respectivamente) si hay buenas razones que la legitimen (como la protección de los derechos fundamentales).

⁷ La diferencia entre igualdad de impacto vertical y horizontal se encuentra en Dworkin (2000: 190-191).

crítica mayoritaria incluso a aquellas instituciones que serían la base de la propuesta procedimentalista⁸.

La propuesta defendida por la democracia asociativa sí estaría en capacidad de explicar las diferencias de impacto que promueven las instituciones representativas, pues lo importante para esta concepción es que el resultado final sea legítimo desde el punto de vista del principio de igual dignidad. La democracia representativa está justificada no sólo por la imposibilidad de implantar una democracia directa en comunidades de cierto tamaño.

El hecho de que la pérdida de poder político que significa la asignación de mayor impacto a las decisiones de los representantes sea general, aplicada a todos los ciudadanos sin que se haga por «razones que traten su vida [la vida de los ciudadanos que han visto reducido su impacto político] como si mereciera menor consideración o sus opiniones como si no merecieran respeto» (Dworkin, 2011: 388), hace que el primero de los requisitos exigidos por el *test de democraticidad* ideado por Dworkin, se cumpla. De igual manera, si se asume como plausible que «funcionarios elegidos, más que una asamblea popular, están en mejor capacidad de proteger los derechos individuales de los ciudadanos de peligrosos cambios en la opinión popular, no puede existir un requisito democrático en general que exija que asuntos fundamentales sean sometidos a referendo» (Dworkin, 2011: 394), lo que haría que también el segundo requisito estuviera satisfecho⁹.

⁸ Una crítica similar a la desarrolla por Dworkin puede encontrarse en Kumm (2007) y, en especial, en Kyritsis (2006).

⁹ Para Dworkin, la existencia de instituciones representativas significa ya una mejora de la legitimidad sistema político en general por el hecho de evitar los *peligrosos cambios en la opinión popular*. La representación es vista como una mejora del sistema

Este mismo proceso puede ser replicado al momento de plantearse la cuestión acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional, es decir, al preguntarse por la forma en que esta institución puede ser evaluada a la luz del principio de igual consideración y respeto. Si el control de constitucionalidad crea una disparidad de impacto político infinitamente mayor que aquella que produce el gobierno representativo, ¿cómo es posible decir que es una institución acorde con la democracia asociativa?

Al aplicar los criterios de democraticidad expuestos, Dworkin llega a la conclusión de que la primera condición estaría superada pues «no hay en juego una discriminación por nacimiento o riqueza» (Dworkin, 2011: 396). Es decir, el hecho de que la diferencia de poder existente entre los ciudadanos y los jueces constitucionales implica, al igual que en el caso de la representación política, una pérdida de poder que afecta a todos los ciudadanos por igual y no a grupo en particular, hace que el establecimiento de este tipo de institución no signifique que algunos miembros de la comunidad política han nacido para gobernar a otros. Quedaría entonces la segunda condición: la revisión judicial de las leyes tendría que hacer al sistema político, en su conjunto, más legítimo.

Aquí esperaríamos encontrar una defensa directa de la capacidad de los jueces para razonar con base en principios (el principal argumento esgrimido

democrático y, al parecer, preferible incluso en caso de que fuera posible la participación directa de los ciudadanos. Una visión contraria puede ser encontrada en Nino (1997: 184), para quien «la representación es, en el mejor de los casos, un mal necesario», pues «[l]a intermediación de los representantes en la discusión y decisión podría beneficiar el proceso desde el punto de vista de un mayor conocimiento técnico, pero esto debilita la conciencia y consideración de los intereses de la gente involucrada en diferentes conflictos».

por Dworkin). Sin embargo, el primer argumento que ofrece el autor norteamericano es uno más cercano a la concepción mayoritaria que a la asociativa: Dworkin comienza su argumentación alegando que, al momento de elegir las vacantes en la Corte Suprema de los Estados Unidos, hay mayor debate en los medios que aquel que se da al momento de elegir un representante que ocupa un escaño en la Cámara de Representantes. A pesar de que el impacto que cada ciudadano tiene en la elección de un representante es ínfimo, no deja de ser sorprendente que se considere más legítima la elección de un juez que ha sido nominado por el presidente, que aquella que es producto de una campaña electoral en la que la última palabra la tienen los ciudadanos.

Además, es de cierta manera contradictorio que algunos constitucionalistas tengan en tan poca estima las instituciones representativas por darle tan poco peso a la opinión de los ciudadanos (llegando a decir que «la idea de igual poder político es un mito» (Dworkin, 2006a, p. 142)), pero que no dudan, al estudiar la justicia constitucional, en mostrar el valor democrático de esta institución basándose en la influencia de los ciudadanos en la elección de los jueces que conforman las cortes y tribunales constitucionales, así como el peso que esta misma opinión ejercería en las decisiones de estos órganos¹⁰.

El segundo argumento defendido por Dworkin hace parte de una *estrategia deflacionaria* (Zurn, 2007: 17), en la cual se presenta de tal manera el

¹⁰ Vale aquí la crítica de Bayón (2004, p. 41) quien afirmar que «defender la justicia constitucional de esa manera es como saltar de la sartén para caer en el fuego: porque si se parte de que la mayoría amenaza sistemáticamente los derechos, no se entiende cómo el peligro podría ser conjurado por los jueces constitucionales si realmente es cierto que a medio plazo estos tienden a alinearse con el punto de vista de aquella. Sencillamente, uno no puede servirse de ambos argumentos a la vez».

funcionamiento de las instituciones que se consideran parte de la democracia representativa, que la legitimidad de la justicia constitucional se vería reafirmada, no necesariamente por sus virtudes, sino por los defectos propios de las demás instituciones que hacen ver al control de constitucionalidad como algo deseable o, al menos, como un mal menor. De esta manera, la legitimidad del control de constitucionalidad se sustentaría en el hecho de que, en general, no se pueda considerar éste más lesivo para la igualdad política que los poderes que tienen el presidente de los Estados Unidos o el presidente de la Reserva Federal (Dworkin, 2011: 397)¹¹.

Cualquiera de estas dos instituciones (aunque es extraño que Dworkin incluya aquí a la Reserva Federal, la cual es difícilmente calificable como institución mayoritaria o representativa), afirma Dworkin, pueden hacer un daño mucho mayor a la democracia que los nueve jueces que componen la Corte Suprema de la Estados Unidos. El argumento, expuesto de manera cruda, diría algo similar a lo siguiente: «dado que tenemos en nuestros sistemas constitucionales instituciones poco representativas (como la Presidencia de la República o la Junta de Gobernadores de la Reserva Federal), las cuales pueden hacer mucho más daño a la democracia que los tribunales constitucionales, no deberíamos preocuparnos por la legitimidad de estos últimos, sino pensar en los peligros de las primeras». Aunque, sin duda, los poderes en cabeza de presidentes y bancos centrales son asuntos que deben generar preocupación

¹¹ Una asunción similar, pero llevada un poco más lejos, es la hecha por Eisgruber quien llega incluso a afirmar que «la justicia constitucional puede defenderse de manera similar a como es defendida la Reserva Federal» (Eisgruber, 2002, p. 43; 2001, p. 65).

desde un punto de vista democrático, esto no dice nada en favor de los tribunales constitucionales.

Es por esta razón por la que Dworkin, al reconocer la debilidad de estos argumentos, insiste: «Cualquier defensa del control de constitucionalidad debe tomar otra forma: debe sostener que la revisión judicial de las leyes mejora en general la legitimidad al hacer más probable que la comunidad establezca y haga cumplir alguna adecuada concepción de la libertad negativa y una equitativa distribución de recursos y oportunidades, así como una adecuada concepción de la libertad positiva» (Dworkin, 2011: 398).

1.1.2. Consecuencias distributivas y participativas del proceso político

Para justificar el control de constitucionalidad es necesario entonces mostrar cómo éste mejora la legitimidad del sistema político en general teniendo en cuenta, de la manera correcta, tanto la libertad negativa como libertad positiva de los socios en el proyecto colectivo que es la democracia. Para el autor norteamericano esto implica establecer límites sustanciales a aquello que los órganos representativos pueden decidir. La concepción asociativa de la democracia cabe entonces dentro de las denominadas por Ferrajoli *definiciones sustantivas de la democracia* en contraposición a las *formales o procedimentales* (Ferrajoli, 2011b: 9-11). Es sustantiva pues exige, para poder considerar a un sistema político como democrático, tener en cuenta no sólo los procedimientos que lo integran sino también que las decisiones producidas a través de estos procedimientos traten con igual consideración y respeto a todos los ciudadanos. La democracia así definida demanda entonces la fijación de límites sobre aquello que es lícito decidir y el establecimiento de aquellos procedimientos que mejor protejan los derechos que constituyen dichos límites. Si en determinados casos el someter ciertas decisiones al control de los jueces protege

de mejor manera los derechos, dicho mecanismo, insiste Dworkin, no puede ser considerado antidemocrático (Dworkin, 1996a: 17)¹².

Siguiendo el test de democraticidad dworkiniano, la legitimidad del sistema político en su conjunto se vería mejorada si se establecen instituciones que hagan más probable la defensa de los derechos fundamentales consecuencia de la misma idea de dignidad humana, es decir, la concepción sustantiva de democracia adoptada por Dworkin encuentra justificada la existencia de instituciones que reduzcan la igualdad de impacto siempre que dichas instituciones ayuden a proteger aquellos derechos derivados del principio de igual consideración y respeto.

Podemos decir entonces que la democracia asociativa exige respetar el derecho de participación política (y por esto se establece como norma general la regla de la mayoría exigida por la igualdad de impacto), así como los derechos de autonomía que se desprenden también del principio de igual consideración y del principio de responsabilidad. Así mismo, considera que en caso de que un procedimiento diferente al mayoritario proteja de mejor manera los derechos individuales, este procedimiento debe ser implementado. La consecuencia de

¹² En *Justice in Robes* Dworkin establece tres requisitos que debe cumplir todo sistema democrático: 1) todos los ciudadanos deben tener la oportunidad de jugar igual papel en la vida política. Deben tener igual voz en la deliberación pública formal, y en las discusiones morales informales; 2) todos deben tener, como individuos, igual parte en el gobierno. Es decir, los intereses de cada uno deben ser tenidos en cuenta en la misma medida al determinar cuál es el interés colectivo; 3) a cada individuo se le debe garantizar una esfera privada en la cual sea libre de tomar aquellas decisiones vitales de carácter ético o religioso de manera autónoma, respondiendo a su propia conciencia y juicio y no al de la mayoría (Dworkin, 2006b: 133-134).

esto, en la visión dworkiniana (pero también del *constitucionalismo jurídico* en general), es la necesidad de implementar mecanismos que permitan a los jueces declarar inconstitucionales aquellas normas que vayan en contra de los derechos protegidos por la constitución.

Hay, sin embargo, un elemento que debe ser resaltado. A diferencia de los otros autores *iusconstitucionalistas* (ver apartados 1.2. y 2. del **Capítulo I**), Dworkin incluye de manera clara en su análisis tanto las consecuencias participativas como distributivas de los procesos políticos, razón por la cual incluso en un sistema constitucional que incluya derechos fundamentales como base de la validez de sus decisiones, debe tener siempre en cuenta la medida en que la protección de estos últimos puede afectar a los derechos vinculados a la participación política.

Para Dworkin, las diferentes defensas de las instituciones democráticas pueden ubicarse en dos grandes grupos. Hay quienes defienden la democracia basándose en la calidad de los resultados (*outputs*) que ésta pueda producir y quienes la defienden teniendo en cuenta no la calidad de los resultados producidos por los procedimientos democráticos, sino por la manera en que este sistema distribuye el poder político¹³.

Para los defensores del primer modelo (entre los que se encontrarían los *iusconstitucionalistas*) la democracia «es, en esencia, un conjunto de dispositivos establecidos para producir resultados de tipo correcto», así, las principales instituciones democráticas –como el voto o la libertad de expresión– «estarían

¹³ Esta distinción es abordada por Dworkin al momento de analizar las concepciones independiente y dependiente de la democracia (*dependent and detached conceptions of democracy*) (2000: 185-190).

justificadas porque en una comunidad en la que el voto esté ampliamente extendido y en la que haya libertad de expresión, existen mayores posibilidades de distribuir los recursos materiales y otras oportunidades y valores de una manera igualitaria» (Dworkin, 2000: 186)¹⁴. Los defensores del segundo modelo ofrecen, a diferencia de los primeros, un test basado en los *inputs*: «la democracia es en esencia una cuestión de distribución igualitaria del poder sobre las decisiones políticas». Esta distinción entre estas dos concepciones de la democracia (que en *Sovereign Virtue* llama, respectivamente, *dependiente* e *independiente*) no debe ser confundida, advierte el autor, con la distinción entre dos tipos de consecuencias que puede producir un proceso político:

Cualquier proceso político democrático tendrá tanto consecuencias distributivas como participativas. Las consecuencias distributivas estarán determinadas por decisiones que se hagan respecto a la división de los recursos entre aquellos de titularidad pública o privada, la regulación de la adquisición, transferencia y tasa de imposición de la riqueza y otras formas de propiedad y la determinación de cuándo y en qué grado deben ser compensadas las personas por daños a las diferentes formas de propiedad y cuán lejos pueden ser constreñidas las personas en materia criminal por usar su propiedad o, de otro modo, por actuar según sus deseos [...].

Las consecuencias participativas del proceso político son consecuencias que emergen del carácter y distribución de la actividad política en sí misma (Dworkin, 2000: 186-187).

¹⁴ Esta visión fuertemente instrumental sería compartida por autores liberales como Berlin (2002b: 211) y Constant (1988 [1819]: 86) para quienes los derechos políticos son valiosos en tanto medios «subsidiarios con fines garantísticos» para proteger la libertad individual (Sauca, 1995: 448).

Una correcta concepción de la democracia exige para Dworkin tomar en cuenta ambos tipos de consecuencias. Por esta razón una concepción de la democracia *puramente dependiente* sería una «pobre interpretación de nuestras asunciones centrales acerca de la democracia, si se ignoran las consecuencias participativas y se cuenta sólo con los efectos distributivos de los objetivos sustantivos de un Estado igualitario» (Dworkin, 2000: 187). Igualmente equivocado sería ignorar los aspectos sustantivos como proponen los *procedimentalistas*. Una correcta concepción de la democracia exigiría, según el profesor norteamericano, que tanto las consecuencias participativas como distributivas se deben «desarrollar y examinar de manera conjunta, como partes conectadas de una concepción general en la cual ninguna de sus partes se mantiene completamente independiente» (Dworkin, 2000: 188).

Ahora bien, aun si asumimos esta concepción asociativa de la democracia y su exigencia de tener en cuenta ambos tipos de consecuencias, el ejercicio de justificación del control de constitucionalidad apenas comenzaría, pues el sólo hecho de haber sido establecido con el objetivo de proteger los derechos y libertades ciudadanas no bastaría para cumplir las exigencias derivadas del principio de igual consideración y respeto. Para ello, sería necesario explicar cómo el arreglo constitucional consistente en atribuir a un grupo de jueces la capacidad de dejar sin fuerza una decisión tomada por la mayoría de los miembros del órgano representativo mejora la legitimidad del sistema en su conjunto.

1.1.3. Protección derechos y justicia constitucional: el *foro de principio dworkiniano*

A la pregunta de cómo la justicia constitucional mejora en su conjunto la legitimidad del sistema político, responde Dworkin haciendo referencia a las virtudes de la justicia constitucional como institución aislada de las presiones

político-electorales y de la capacidad de los jueces de decidir con base en principios.

En efecto, Dworkin argumenta que las instituciones representativas son más vulnerables a presiones de personas o grupos que no asumen una tarea interpretativa al enfrentarse a los principios políticos y morales insertos en la constitución; sus decisiones son más susceptibles de ser tomadas con base en intereses personales que no tienen en cuenta ni los principios constitucionales, ni la idea de democracia como empresa común en la que se debe tratar a cada ciudadano como un miembro de igual derecho: «los legisladores –dice Dworkin- son vulnerables a presiones políticas de diverso tipo, tanto financieras como políticas, razón por la cual una asamblea no es la forma más segura de proteger a grupos políticamente impopulares» (1996a: 34)¹⁵.

¹⁵ Dworkin llega incluso a afirmar que «en algunas circunstancias [...] ciudadanos individualmente considerados pueden ser capaces de ejercitar las responsabilidades morales propias de la ciudadanía de mejor manera cuando las decisiones finales son removidas de la política ordinaria y asignadas a las cortes, cuyas decisiones se espera sean tomadas basadas en principios, no en el peso de los números o en el balance de la influencia política» (Dworkin, 1996a: 30). Una visión similar –y más dura- de las capacidades de los ciudadanos y sus representantes es defendida por Eisgruber (2001: 50 y ss.) quien diferencia entre «el pueblo» y «el electorado», afirmando que este último –compuesto por votantes, en vez de personas o ciudadanos- «tienen pocos incentivos para reflexionar de manera cuidadosa acerca de en qué lugar termina la moral y comienza el propio interés» (62). En este sentido Eisgruber asume una visión benthamita de la política y del ciudadano -o lockeana, si seguimos la distinción hecha por Zurn- en la cual «votar [...] es simplemente una expresión de una opinión personal acerca de la mejor manera de asegurar unas preferencias contingentemente dadas» (Zurn, 2002: 486).

Los jueces, al contrario de los representantes, están de cierta manera aislados y dada su independencia de las presiones particulares y su desvinculación de la política partidista y mayoritaria, pueden tomar decisiones basadas en principios, articulando de mejor manera los valores insertos en la constitución y haciendo valer los derechos de las minorías que son incapaces de defenderlos en los órganos representativos. El control judicial de la constitucionalidad de las leyes tendría además la virtud de permear todo el sistema, haciendo que la discusión basada en principios llegue a los demás centros de decisión política del Estado (Dworkin, 1985: 69 y ss.).

La teoría dworkiniana defiende entonces que aquellas decisiones que implican definir cuál es el contenido de la democracia sean tomadas bajo circunstancias en las que haya cierta independencia de las presiones propias del mundo político; que se permita una deliberación basada en principios y en donde se busque dar la *mejor versión* del material constitucional existente¹⁶.

Esta afirmación lleva implícitas tres tesis que soportan el planteamiento dworkiniano. La primera defendería una visión pesimista del hombre promedio, según la cual los ciudadanos al momento de tomar decisiones políticas (al votar o al unirse para protestar o crear un grupo de presión) no piensan más que en sus propios intereses sin preguntarse cuáles son los derechos de los demás¹⁷. La segunda defendería el (relativo) aislamiento

¹⁶ Los procedimentalistas se han opuesto tanto a la afirmación de que los jueces son independientes (Tushnet, 1999: 152 y ss.), cómo a los beneficios que traerían los mecanismos de decisión propios de la justicia constitucional (Waldron, 2009a; 2009b; Sadurski, 2009).

¹⁷ Esta es la denominada (y criticada) por Waldron (1990) *visión benthamita de la política*. En el apartado 1.1.4.1 del presente capítulo se hablará sobre la contraposición entre la

político como condición necesaria para tomar decisiones *correctas* acerca de ciertos asuntos que afectan con particular fuerza los derechos constitucionales. La tercera defendería el valor del razonamiento jurídico-moral ejercido por los jueces como el mecanismo adecuado para desentrañar el contenido de nuestros derechos.

Las tres tesis están fuertemente unidas en el planteamiento de Dworkin y se soportan recíprocamente. Por ejemplo, el valor de la independencia judicial se encontraría precisamente en su capacidad de hacer de los jueces un tipo especial de actor político. Si es necesario tomar una decisión en la que se contraponen los intereses de la mayoría a los derechos de una minoría, los jueces, al estar aislados, se encontrarían en una mejor posición para decidir, toda vez que no tendrían un interés personal en el asunto (Dworkin, 1977: 85). Dicho en otros términos, los ciudadanos, las mayorías y sus representantes, dominados como se encuentran por sus propios intereses, tienen especiales dificultades para tomar decisiones correctas cuando se ven afectados los derechos de las minorías. Aquí se ve cómo la primera y la segunda tesis trabajan unidas.

visión benthamita de la política y la rousseauiana propuesta por Waldron. En este sentido, se puede afirmar que la democracia, tal como es entendida por Dworkin, es vista como un sistema dividido en el que diferentes instituciones cumplen diversos papeles. Las instituciones representativas se corresponderían con un sistema de mera agregación de preferencias a través de un proceso competitivo, mientras que los jueces, como foro de principio, se corresponderían con los ideales propios de la democracia deliberativa. Se correspondería así con la idea de democracia mayoritaria y constitucionalismo minoritario criticada por Zurn (2007: 113-124).

La tercera tesis refuerza también esta visión. Cuando se presenta un asunto de relevancia constitucional ante los jueces, la ciudadanía se encuentra dividida sobre cuál es la solución que se le debe dar al caso, sobre quién tiene razón: la mayoría que defiende sus intereses (siempre siguiendo la forma en que Dworkin entiende los conflictos sociales) o la minoría que defiende sus derechos. Los jueces, además de su independencia, tienen la ventaja de ser expertos en cuestiones jurídicas, más aún, son expertos en razonar con base en principios más que en políticas. Esto nos debería hacer más proclives a aceptar su posición en el sistema político, en la cual son ellos la última voz en pronunciarse.

1.1.4. Democracia agregativa y judicialismo deliberativo

La defensa del control de constitucionalidad propuesta por Dworkin, con su división de las labores democráticas entre jueces y representantes, es susceptible de dos grandes críticas. En primer lugar, asume una versión idealizada del actuar de los jueces, la cual combina con un retrato oscuro de las instituciones democrático-representativas. En segundo lugar, no logra cumplir las exigencias que la propia concepción asociativa propone.

1.1.4.1. Constitucionalismo jurídico: agregación de preferencias y deliberación principialista

La desconfianza hacia las mayorías y el consecuente menosprecio de las instituciones propias de la democracia representativa es una constante en las corrientes *iusconstitucionalistas*. Dicha visión se ampara en un doble estándar a la hora de analizar las diferentes instituciones que integran los sistemas democráticos. Por un lado, ven a los ciudadanos y a sus representantes como individuos o grupos que buscan en la arena política la promoción de sus intereses y preferencias, mientras que, por el otro, asumen que los jueces tienen

la capacidad de abstraerse de sus intereses y preferencias, y pueden enfocar sus esfuerzos a protección de los principios constitucionales.

La democracia, tal como es entendida por Dworkin y el *iusconstitucionalismo* en general, es vista como un sistema dividido en el que diferentes instituciones cumplen diversos papeles. Las instituciones representativas se corresponderían con un sistema de mera agregación de preferencias a través de un proceso competitivo, mientras que los jueces, como *foro de principio*, se regirían por los ideales propios de la democracia deliberativa (Zurn, 2007: 106-129).

Este pesimismo antropológico es también estudiado por Jeremy Waldron al momento de criticar la tesis *iusconstitucionalista*. Waldron distingue entre dos maneras de entender la democracia, basadas en dos formas de concebir el actuar político de los ciudadanos. La primera, llamada por el profesor neozelandés *democracia benthamita*, está basada en la idea de que la democracia representativa es un mecanismo idóneo para la agregación de preferencias individuales. Esta concepción (también conocida como democracia agregativa) entiende que el actuar de los ciudadanos es un actuar egoísta en el cual cada individuo busca siempre «promover su propia satisfacción: busca su propia felicidad y evita el propio sufrimiento» (Waldron, 1990: 47).

La segunda forma de entender la democracia es la *democracia rousseauiana*, según la cual lo que cada individuo aporta al proceso político no es la información acerca de sus preferencias, sino su opinión acerca de qué constituye el interés general:

El punto importante es que, al votar, el ciudadano rousseauiano expresa una opinión acerca de lo que exige la voluntad general (que, en la visión de Rousseau, significa aquello que conduce al bien común de todos en la sociedad), una opinión que se tiene sentido evaluar como correcta o

equivocada. Si el voto individual es diferente del veredicto mayoritario, uno de ellos, al menos, está equivocado (Waldron, 1990: 50).

En resumen, «se asume que el votante de Bentham expresa una preferencia propia; su voto representa una satisfacción individual posible. Del votante de Rousseau no se espera que exprese su preferencia personal; por el contrario, éste afirma su creencia personal acerca de la mejor manera de promover el bien común. El sistema político benthamita suma votos como los utilitaristas suman bienestar, mientras que el sistema político rousseauiano cuenta votos para determinar qué opinión predomina» (Waldron, 1990: 50).

Para Waldron, si bien no es posible encontrar estos dos modelos de democracia de forma pura, sí establecen «extremos de un espectro» a los que diferentes concepciones de la democracia se acercarían (Waldron, 1990: 51). Lo interesante del *constitucionalismo jurídico* es que reúne ambas visiones en un único modelo, sólo que asigna las características propias de la política benthamita (o agregativa) a las instituciones democrático representativas, mientras que entiende que los jueces constitucionales se comportan de acuerdo al modelo de democracia rousseauiana (o deliberativa).

1.1.4.2. Igual valor de los derechos: la promesa no cumplida de la democracia asociativa

El segundo problema que presenta la propuesta de democracia dworkiniana es que no se atiene a los mismos postulados que le sirven de sustento. Para que un sistema de gobierno trate con igual consideración y respeto a todos los miembros de la comunidad política se requiere, según las exige la democracia asociativa, que tenga en cuenta tanto los derechos de participación, como los derechos que Dworkin llama de autonomía. Sin embargo, en su defensa del control de constitucionalidad se ocupa sólo de un aspecto de la ecuación al

momento de analizar si esta institución mejora la legitimidad del sistema en su conjunto.

Dworkin se ocupa por mostrar, de manera exclusiva, cómo los jueces pueden cumplir su labor de *foro de principio*, pero no asume las consecuencias participativas que la entrega de autoridad a dicha institución significa. No basta con mostrar las cualidades de los jueces al momento de asumir la defensa de los derechos constitucionales, hace falta analizar la manera en que esto afecta la participación política y si dicha afectación se ve justificada por la mayor protección de los derechos.

Pero, incluso si Dworkin asumiera esta tarea, su análisis seguiría siendo incompleto. Al estudiar el actuar de los jueces en abstracto, sin ocuparse de las «condiciones históricas, culturales y sociales», es decir, sin tener en cuenta que la justificación de un determinado modelo institucional depende «de la evidencia histórica de la efectividad de las protecciones constitucionales y de si presentan inconvenientes, como el de debilitar la democracia misma» (Rawls, 1996: 415), es decir, dejando de lado el contexto en el cual dicha institución opera y la posible afectación a los derechos de participación, la defensa propuesta por el constitucionalismo dworkiniano se muestra como insuficiente.

Sin embargo, y a pesar de sus falencias, la propuesta elaborada por el profesor norteamericano aporta elementos de gran importancia al momento de analizar la legitimidad del control de constitucionalidad. El modelo de democracia asociativa muestra la necesidad de tener en cuenta tanto la participación política como los derechos constitucionales relativos a la autonomía privada. En este sentido, la propuesta elaborada por Dworkin, a pesar de compartir las principales características del *constitucionalismo jurídico*,

se separa en este importante aspecto de las propuestas de autores *iusconstitucionalistas* como Robert Alexy y Luigi Ferrajoli.

1.2. Argumentación y volición: representación basada en argumentos y representación basada en deseos en el marco del constitucionalismo discursivo alexiano

Robert Alexy ha defendido con bastante éxito su propuesta de principios constitucionales como mandatos de optimización. La idea de los principios como normas que exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible, dadas las condiciones fácticas y jurídicas (Alexy, 1993: 86), exige la inclusión de una teoría (la *ponderación*) que nos indique de qué manera debemos resolver las colisiones entre principios. La ley de la ponderación, junto con las demás herramientas argumentativas expuestas por Alexy en *Teoría de los derechos fundamentales* (1993) tienen una incidencia directa en la discusión sobre la justificación del control de constitucionalidad, pues en la propuesta alexiana los contenidos constitucionales, que establecen los límites de las decisiones políticas, pueden ser determinados por los jueces a través de la ponderación. En este modelo, la justicia constitucional se justifica debido a la capacidad de los jueces de determinar, a través del balance de principios, cuáles son las áreas de discrecionalidad legislativa.

Este papel especial de los jueces y el derecho en la delimitación del ámbito de la política descansa sobre la confianza de que, en palabras de Eriksen, «el discurso jurídico como una variante especial del discurso práctico general *-die Sonderfallthese-* [...] puede asegurar, por sí mismo, la racionalidad y la corrección» (2010: 99). El constitucionalismo de Alexy no sólo establece como premisa la superioridad de los derechos fundamentales sobre la participación política, sino que asume también que el carácter supra-ordenado de los derechos significa de manera automática la superioridad de los procedimientos constitucionales sobre los mayoritarios (en tanto aquellos tienen la capacidad – de la que carecen los últimos- de hallar respuestas correctas). Eriksen cree, erróneamente, que esta posición es la misma defendida por Dworkin. El

constitucionalismo defendido por Dworkin -a pesar de compartir en gran medida los presupuestos del constitucionalismo discursivo de Alexy- se diferencia en al menos dos puntos. En primer lugar, el profesor norteamericano considera (al igual que Rawls) que la participación política tiene un peso igual a los derechos fundamentales, razón por la cual su idea de democracia asociativa tiene presente (como se vio en el pasado numeral) no sólo las consecuencias distributivas de los procedimientos, sino también sus consecuencias participativas¹⁸. En segundo lugar, Dworkin acepta que, al menos en teoría, el riesgo de equivocación de las asambleas y los tribunales es simétrico.

1.2.1. Representación argumentativa

Robert Alexy ha tratado el problema de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en diversos textos, entre los que se incluye la muy debatida *Teoría de los derechos fundamentales* (1993) y su *Epílogo* (2000). En los últimos años el tema ha sido abordado a través de algunos artículos, en particular *Balancing, Constitutional Review and Representation* (2005) y *The Dual Nature of Law* (2010) en donde trata de manera directa el problema. En estos últimos se vale del concepto de *constitucionalismo discursivo y representación argumentativa* para sustentar su defensa del control de constitucionalidad. El constitucionalismo discursivo o democrático es un concepto al que Alexy le asigna cinco elementos (derechos fundamentales, ponderación, discurso, control de constitucionalidad y representación). Los derechos fundamentales determinan lo constitucionalmente posible, la ponderación revela la estructura argumentativa necesaria para hacer juicios jurídicos correctos, lo que la conecta directamente con el discurso, el control de constitucionalidad es la «expresión de la prioridad

¹⁸ Esta es precisamente una de las posiciones defendidas por Dworkin al tratar la igualdad política en *Sovereign Virtue* (2000: 184-210)

o superioridad de los derechos fundamentales sobre y en contra de la legislación parlamentaria» (Alexy, 2005: 577) y la representación es la base democrática del sistema.

Al momento de tratar la representación, Alexy se plantea el problema de la siguiente manera:

Los jueces de la corte constitucional no tienen, como regla, legitimación democrática directa y los ciudadanos no tienen, normalmente, posibilidad de controlarlos a través de la denegación de reelección. ¿Es esto compatible con la democracia?

La única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia es concibiéndolo, también, como una representación de los ciudadanos. Este acercamiento, sin embargo, parece estar bloqueado por dos obstáculos. El primero es que la representación parece estar conectada necesariamente con elecciones y, segundo, si la representación es posible sin elecciones, ¿por qué debería tener este tipo de representación prioridad sobre la representación basada en elecciones? (Alexy, 2005: 578)¹⁹.

¹⁹ Sería lícito también preguntarse por qué deberíamos preocuparnos por tener representación electoral. Después de todo, si los jueces pueden ser considerados tan representantes del pueblo como las personas elegidas para dicha función en las asambleas, no parece haber necesidad de contar con órganos legislativos. A esto responderá Alexy, como se verá más adelante, afirmando que una de las bases de la representación argumentativa (la pretensión de corrección) tiene límites fijados por las mismas prácticas discursivas y permite sólo determinar qué respuestas legislativas se encuentran dentro del marco constitucional, lo que significa que existe una pluralidad de respuestas constitucionalmente posibles sobre las que debe elegir el legislador.

El objetivo de Alexy es, como puede verse por la manera en que se presenta el problema, justificar por qué los jueces constitucionales sí representan al pueblo²⁰. Para ello, el autor diferencia entre dos tipos de representación: la *representación argumentativa* y la *representación volitiva o decisoria*.

La *representación argumentativa* está basada en el discurso práctico, en la argumentación, y no en la mera voluntad –como sí lo está la volitiva o decisoria-. Los jueces representan, en primer lugar, pues toman sus decisiones basados en argumentos, lo que implica que se someten a los límites del discurso práctico y, si bien la argumentación constitucional no lleva necesariamente a una sola respuesta correcta, si goza de cierta objetividad (Alexy, 2010: 580). En segundo lugar, los jueces pueden ser reconocidos como representantes de los ciudadanos porque, si se dan ciertas circunstancias, pueden estar conectados con lo que los ciudadanos «realmente piensan» (Alexy, 2005: 580).

Los jueces, dice el profesor alemán, pueden estar conectados con lo que los ciudadanos realmente piensan si se dan dos condiciones: a) que los jueces, guiados por el discurso racional, decidan los casos basados en argumentos sensatos y correctos y, b) que haya personas racionales «dispuestas y capaces de aceptar argumentos sensatos y correctos por la razón de que son sensatos y correctos» (Alexy, 2005: 580).

Esto significa que un arreglo institucional que incluya el control de constitucionalidad es aceptable si se dan dos circunstancias, a) jueces que

²⁰ También Eisgruber, desde una perspectiva más cercana a la de Dworkin, afirma que «el caso a favor o en contra del control judicial de las leyes y el caso a favor o en contra de la supremacía legislativa, tiene que basarse en juicios mucho más pragmáticos sobre cuál de las dos instituciones representa mejor al pueblo» (2002: 45).

sustenten sus decisiones en argumentos correctos y sensatos, y b) una ciudadanía en general que esté dispuesta a aceptar aquellos argumentos correctos y sensatos (una ciudadanía integrada por «personas constitucionales»).

Para entender las razones por las cuales Alexy considera que es posible afirmar que los jueces pueden llegar a decisiones correctas y qué debemos entender por corrección en el derecho (y en el discurso práctico general), se estudiará la teoría de la ponderación a través de la cual Alexy propone un método para resolver los conflictos que se presentan entre derechos fundamentales.

1.2.2. Los principios como mandatos de optimización

Es sumamente conocida la definición hecha por Dworkin de los derechos como barreras o *cartas de triunfo* que protegen al individuo de aquellas intromisiones no justificadas del poder público (Dworkin, 1984: 153). Esto quiere decir que una política determinada podría ser implantada sólo si respeta el límite impuesto por los derechos. En el modelo dworkiniano se presenta una clara diferenciación entre políticas y principios que viene acompañada de una división del trabajo de producción normativa en la que estarían, por un lado, las políticas implementadas por el legislativo y, por el otro, la deliberación basada en principios que tendría lugar en los tribunales.

Alexy, por su parte, define los principios como *mandatos de optimización*, es decir, como *normas que exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible, dadas las condiciones fácticas y jurídicas* (Alexy, 1993: 86). En este planteamiento se reconoce la importancia de diferenciar entre derechos individuales y políticas, o entre derechos individuales y bienes colectivos, tal como lo hace Dworkin, sin embargo, se considera que ambos tipos de principios comparten las mismas

propiedades lógicas, por lo que no existirían razones para tratar sólo a los derechos individuales como principios (Alexy, 1993: 111). Debido a que tanto los derechos como las políticas son considerados principios y compiten en un mismo nivel, la división del trabajo propuesta por Dworkin (y que justifica en su modelo el control de constitucionalidad) no describiría de manera adecuada las relaciones entre la justicia constitucional y los derechos fundamentales (Kumm, 2012: 203).

Al entender que la categoría de los principios está integrada tanto por aquellos principios que se refieren a derechos individuales, como por aquellos que se refieren a bienes colectivos, se llega a la conclusión de que, en caso de colisión entre unos y otros es posible que el bien colectivo tenga precedencia sobre el derecho individual²¹. Esto lleva a la conclusión de que los bienes colectivos pueden, en ciertos casos, convertirse en razones válidas para la restricción de derechos individuales (Alexy, 1993: 130), pues si se consideran ambos (derechos individuales y bienes colectivos) como principios, y unos y otros pueden sustentar exigencias diferentes, estas diferencias tendrían que resolverse a través de la ponderación, y esta misma permite precisamente establecer una *relación de precedencia condicionada* de un principio sobre otro en un caso concreto (Alexy, 1993: 92)²².

²¹ Que un principio haga referencia a un bien colectivo significa para Alexy que «ordena la creación o mantenimiento de situaciones que satisfacen, en una medida lo más alta posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, criterios que van más allá de la validez o satisfacción de derechos individuales» (Alexy, 1993: 110).

²² El hecho de que exista esta posibilidad no quiere decir que derechos individuales y bienes colectivos deban ser tratados de manera igual. Según el profesor alemán los primeros gozarían de una precedencia general *prima facie*, lo que significaría «una

La distinción entre los principios como mandatos de optimización y principios como cartas de triunfo es vista por Alexy como fundamental y, en su opinión, se contrapone a la teoría de los principios de Dworkin. De ella se derivarían consecuencias importantes en lo que se refiere al papel de los derechos en la democracia y del juez como intérprete de la constitución, ya que Alexy considera que la concepción defendida por Dworkin no permitiría las restricciones de derechos fundamentales basadas en la defensa de intereses colectivos, pues al describir los derechos como cartas de triunfo precisamente se afirma que dichos derechos deben preceder siempre a las razones de interés o utilidad públicos (Alexy, 1993: 111; Atienza, 2001: 674; Kumm, 2004: 592).

Esta conclusión es, sin embargo, cuestionable. No es claro que Dworkin afirme que no es posible en ningún caso que los derechos individuales sean restringidos por razones sustentadas en la necesidad de proteger bienes colectivos. Lo que defiende la idea de los derechos como cartas de triunfo es que aquellas razones apoyadas en principios que se refieren a bienes colectivos que exijan la restricción de derechos individuales, no son aceptables a menos que tomen en serio el contenido de dichos derechos. El tomarse en serio los derechos individuales significa dar razones para la restricción propuesta. Así puede verse en *Rights as Trumps* (1984: 166) en donde Dworkin afirma lo siguiente:

Necesitamos derechos, como un elemento definido de la teoría política, sólo cuando algunas decisiones que perjudican a algunas personas, no obstante, encuentran soporte *prima facie* en la afirmación de que dicha decisión pondrá a la comunidad como un todo en mejores circunstancias, basados en una

carga de la argumentación en favor de los derechos individuales y en contra de los bienes colectivos» (Alexy, 2004: 207).

explicación plausible de en dónde se encuentra el bienestar de la comunidad. Pero la fuente más natural de cualquier objeción que podamos tener contra semejante decisión es que, en su preocupación por el bienestar, progreso o prosperidad de los ciudadanos (*of people*) en su conjunto, o en la satisfacción de algunos intereses ampliamente extendidos en la comunidad, la decisión no presta suficiente atención a su impacto en la minoría; y un llamamiento a la igualdad parece la manera natural de expresar una objeción de este tipo. Queremos decir que la decisión es equivocada, a pesar de su aparente mérito, pues no tiene en cuenta, de la manera correcta, el daño que ésta causa a algunos y por lo tanto no trata a estas personas (*these people*) como iguales que merecen el mismo respeto que los demás.

Al decir «no tiene en cuenta, de la manera correcta, el daño que ésta causa a algunos» (*it does not take the damage it causes to some into account in the right way*) da soporte a una visión de los derechos que, de lo contrario, deberían ser asumidos siempre como reglas en sus relaciones con los bienes colectivos (esto se ve apoyado en otros escritos como en *Taking Rights Seriously* (1977: 92) y *Freedom's Law* (1996: 258)). Esto contradice la lectura hecha por Kumm (2004: 592) y (presumiblemente) por Alexy, de la teoría de los derechos de Dworkin. Para Dworkin habría algo así como la *jerarquía débil* de la que habla Atienza (2006: 241-242), en donde «las razones de corrección [principios en sentido estricto] gozan de prioridad *prima facie*, pero pueden ser derrotadas por razones de fin (por objetivos sociales) en ciertas circunstancias excepcionales»²³.

Debe tenerse en cuenta también que los objetivos sociales pueden tener su justificación final en principios. Es por esta razón que Habermas afirma que, si

²³ Para una visión contraria según la cual la posibilidad de ponderación entre políticas y principios llevaría a que estos últimos «[pierdan] su razón de ser, que consiste en controlar y limitar la acción estatal», ver La Torre (2010: 86-90).

bien el carácter deontológico de los principios exige que estos se impongan a los bienes colectivos, estos últimos podrían prevalecer «cuando la primacía de un bien colectivo pueda justificarse a su vez a la luz de principios» (Habermas, 1998: 332; 1994: 123).

Al margen de los debates que puedan surgir acerca de la distancia o cercanía entre ambas teorías, lo que interesa resaltar, para los fines de esta tesis, es que la idea de los principios como mandatos de optimización, así como la ponderación entre principios, hacen referencia a la dimensión de peso que Dworkin le asigna a estos últimos (Dworkin, 1977: 26), lo que implica que los debates acerca de las exigencias derivadas de los principios constitucionales (que regulan el proceso político) deben ser resueltos a través de mecanismos que permitan establecer en qué casos un principio debe dar paso a otro.

1.2.3. Ponderación y colisión de principios

La pregunta que trata de responder la teoría de la ponderación es cómo resolver las colisiones entre principios o, como queda expresado en *Teoría de los Derechos Fundamentales*, «de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto» (Alexy, 1993: 90). Tanto las reglas como los principios pueden entrar en conflicto, es decir, de su contenido se pueden derivar exigencias distintas que se contradicen entre sí. En el caso de las reglas, dicha contradicción se resuelve o bien introduciendo una excepción en una de las reglas o bien dejando sin validez una de ellas (Alexy, 1993: 88). En el caso de los principios, lo que se debe establecer es una *relación de precedencia condicionada* dadas las circunstancias del

caso²⁴, lo que no significa que el principio precedido sea declarado inválido, ni que se haya incorporado una cláusula de excepción, sino que «bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa» (Alexy, 1993: 89).

De esto se deriva la primera ley que compone la teoría de la ponderación, la *ley de la colisión*, según la cual «las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente»²⁵. Esta ley, dice Alexy, «refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización entre los cuales, primero, no existen relaciones absolutas de precedencia y que, segundo, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables» (Alexy, 1993: 95).

²⁴ Alexy describe esta situación de la siguiente manera: $(P_1 \mathbf{P} P_2)C$, en donde P_1 y P_2 representan los principios en colisión, \mathbf{P} la relación de precedencia y C las circunstancias propias del caso (Alexy, 1993: 92).

²⁵ De manera más técnica, esta ley se puede expresar así: «Si el principio P_1 , bajo las circunstancias C , precede al principio P_2 : $(P_1 \mathbf{P} P_2)C$, y si de P_1 bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R , entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$ » (Alexy, 1993: 94). En *The Model of Rules* Dworkin, al referirse a la relación entre los principios y el concepto de derecho, hace referencia a los vínculos existentes entre la justificación basada en principios y la regla que de esta «ponderación» se deriva: «Después de que el caso es decidido, podemos decir que responde a una regla (p. ej. la regla de que el asesino no puede beneficiarse del testamento de la víctima). Pero la regla no existe antes de que el caso sea decidido; la corte cita los principios como justificación para adoptar y aplicar la nueva regla» (Dworkin, 1977: 28).

Las colisiones entre principios exigen determinar cuáles son las relaciones de precedencia en un caso determinado y hacer esto significa establecer en qué medida, tanto jurídica como fáctica, un principio puede ser satisfecho. La determinación de las posibilidades fácticas y jurídicas se hace a través de la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad* en sentido estricto.

El primero de ellos, el subprincipio de idoneidad, exige que los medios elegidos para proteger un principio (P_1) y que afectan a otro principio (P_2), sean idóneos para proteger o tengan la capacidad de favorecer a P_1 . Por su parte, el principio de necesidad obliga a que, en caso de existir diferentes medidas igualmente idóneas para satisfacer un principio, se elija aquella que afecte de menor manera el principio contrario (Alexy, 2002: 28-29).

Estos dos subprincipios se refieren a las posibilidades fácticas de optimización de los principios. El principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a las posibilidades jurídicas de optimización de los mismos y tiene en cuenta las relaciones entre los principios contrarios. Este principio, que se identifica con la *ley de la ponderación*, tiene la siguiente formulación: «Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro» (Alexy, 2002: 31).

La ley de la ponderación lo que permite es determinar el peso relativo de los principios con el fin de establecer relaciones de precedencia, lo que equivale a decir que la ponderación en su conjunto es una herramienta a través de la cual se reconoce y se tiene en cuenta la satisfacción y afectación de los principios en conflicto y se determina, a través de un proceso racional, si la satisfacción de uno de los principios justifica o no la restricción del principio que lo contradice.

1.2.4. Los derechos fundamentales y los márgenes de acción del legislador

La colisión de principios y la forma adecuada de resolverlos es importante al momento de estudiar los temas relativos a la objeción democrática, pues los principios constitucionales determinan lo que Alexy llama *márgenes de acción del legislador*. Una de las características del constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial es el establecimiento de límites no sólo formales sino también materiales al legislador democrático. Es el paso de un modelo de constitución *puramente procedimental* a uno *mixto material-procedimental*²⁶, lo que significa que «a más de los contenidos del sistema jurídico que desde el punto de vista de la Constitución son meramente *posibles*, existen unos contenidos que son constitucionalmente *necesarios* y otros que son *imposibles*»²⁷. Es decir, la constitución establece, por una parte, un límite que es lo prohibido, lo que no puede hacer el legislador y, por otra, lo exigido, lo que tiene que hacer el legislador. Queda en medio un margen para aquello que no está ni prohibido, ni exigido y es, por lo tanto, discrecional (Alexy, 2002: 21). Este *marco interior* es lo que denomina Alexy *margen de acción estructural*.

Es dentro de este margen de acción estructural que las mayorías parlamentarias pueden, de manera lícita, tomar decisiones. Los derechos fundamentales son límites a las decisiones de las mayorías en la medida en que marcan los límites de lo que éstas pueden o no decidir. Aquí, sin embargo, no hemos llegado aún al problema del control de constitucionalidad. La mera

²⁶ Para la distinción entre modelos de constitución *puramente material*, *puramente procedimental* y *mixto material-procedimental* ver Alexy, 1993: 503-506.

²⁷ Esta idea es similar a la desarrollada por Ferrajoli acerca de las esferas de lo indecible (lo *indecidible que* y lo *indecidible que no*) que serán tratadas en el apartado 2. del presente capítulo.

afirmación de que los derechos fundamentales marcan los límites de lo constitucionalmente permitido no es suficiente para justificar el control de constitucionalidad. Para que la revisión judicial esté justificada debemos dar un paso más, debemos decir que los jueces, a través de sus fallos, pueden determinar mejor que los legisladores aquellas exigencias que se derivan de los derechos establecidos en la constitución²⁸. Alexy cree que esta afirmación es correcta y para ello recurre a la ponderación entre principios analizada en el apartado 1.2.3..

En este punto se unen las tres ideas estudiadas en la teoría de Alexy: los derechos como mandatos de optimización, la colisión de principios y la ponderación, y los márgenes de acción del legislador. El lugar que ocupan los jueces en el sistema constitucional se justifica debido a la función específica que estos desarrollan. En una democracia, la fuente principal de creación de la ley son las asambleas legislativas. Los jueces, por su parte, cumplen con el cometido de someter a revisión las decisiones tomadas por los legisladores asumiendo como criterio de evaluación los derechos fundamentales. Pero la constitución (y los derechos fundamentales) no dictan para cada caso concreto una única solución, no son, en palabras de Forsthoff, un *huevo jurídico originario* del cual es posible derivar siempre una sola línea de acción (Forsthoff, 1975:

²⁸ Para Mattias Kumm existe otra posibilidad de defensa: argumentar que el control de constitucionalidad institucionaliza un *derecho a la justificación* que exige, de una lado, crear mecanismos a través de los cuales los ciudadanos puedan impugnar de manera pública las decisiones de las autoridades públicas ante tribunales independientes e imparciales y, de otro, que dichos tribunales sólo sostengan la constitucionalidad de aquellas leyes que puedan ser justificadas por razones puedan ser aceptadas por ciudadanos libres e iguales (Kumm, 2012: 213).

242)²⁹. Es así que cuando los jueces de un tribunal constitucional someten a juicio una decisión del legislativo, lo que hacen es determinar si dicha decisión está o no dentro del marco, es decir, si la decisión adoptada por los legisladores es una de las muchas decisiones constitucionalmente posibles (discrecionales) o si, por el contrario, excedieron los límites del marco y por lo tanto la ley producida por la asamblea debe ser expulsada del sistema jurídico.

Esto obviamente ofrece problemas si tenemos en cuenta que no hay una forma confiable de establecer los límites que constituyen el marco y no son evidentes las razones por las que debemos encargar a los jueces esta función. Estas dificultades son abordadas por Alexy a través de la teoría de la ponderación. La forma de determinar si una ley está dentro del marco es someterla a un juicio de ponderación en donde se haga un balance entre los principios en colisión y se determine si, en las circunstancias específicas que se estudian, es legítimo que un principio preceda a otro. Este juicio, como se vio en el apartado anterior, sigue las reglas del discurso práctico que se sintetizan en un conjunto de leyes (ley de la colisión, ley de la ponderación, ley del peso) que permiten, espera Alexy, determinar de manera fiable los límites del marco.

1.2.5. El margen de acción epistémico y la contradicción entre el principio formal y el principio iusfundamental material

No sólo el *margen de acción estructural* es relevante al momento de establecer la división del trabajo entre tribunales y asambleas. Alexy introduce en su teoría lo que llama *margen de acción epistémico* que existe como consecuencia de «los límites de la capacidad para reconocer lo que la Constitución, por una parte,

²⁹ Alexy se defiende de la acusación de considerar la constitución como huevo jurídico originario (*ein juristisches Weltenei*) en su *Epílogo a la Teoría de los derechos Fundamentales* (2002).

ordena y prohíbe, y por otra, lo que no ordena ni prohíbe, es decir, lo que confía a la discrecionalidad legislativa» (Alexy, 2002: 21). Cuando nos enfrentamos a este margen de acción entra en juego el denominado *principio formal*, que exige que aquellas decisiones importantes para la comunidad deban ser tomadas, en la medida de lo posible, por el órgano representativo (Alexy, 2002: 53). Este principio se opone al *principio iusfundamental material* que, por su parte, «excluye *prima facie* que el Legislador tenga competencia para adoptar su decisión basándose en una premisa empírica insegura, desfavorable para el derecho fundamental» (Alexy, 2002: 53). La contraposición entre democracia y derechos fundamentales, considera Alexy, es representada precisamente por esta contradicción entre principio formal y principio iusfundamental material.

Ahora bien, dado que esta tensión entre democracia y derechos fundamentales es presentada como una colisión de principios, la consecuencia que se sigue es que es necesario determinar en qué casos un principio precede a otro a través de la ponderación. Así, se pone de un lado el respeto a los derechos fundamentales o la justicia y, del otro, el respeto a las decisiones del órgano constitucionalmente legitimado para establecer reglas (las dimensiones ideal y formal del derecho). Pero, ¿de qué manera podemos decir que estos dos principios se contraponen?, ¿qué significa afirmar que hay un enfrentamiento entre el principio democrático y el principio de respeto a los derechos constitucionales?

La noción misma de contraposición del principio formal con el principio iusfundamental material implica la idea de que las competencias otorgadas al legislador pueden llegar a justificar una restricción de los derechos fundamentales. La ponderación entre mandatos de optimización exige que, en principio, cualquiera de los dos principios pueda preceder al otro en unas circunstancias específicas.

Pero Alexy también reconoce que una descripción tal podría llevar a afirmaciones como «las vulneraciones a los derechos fundamentales son admisibles porque de este modo la competencia del Legislador tiene un ámbito mayor que aquél que tendría si se estimara que dichas vulneraciones no son admisibles» (Alexy, 2002: 62). Por este motivo, aclara Alexy, en realidad el principio formal no se pondera de manera directa con el principio iusfundamental afectado, sino que debe estar *ligado a otros principios materiales*. Esta unión Alexy la llama la *Ley de la conexión* (Alexy, 2002: 62).

Aquí los principios formales se unen al concepto de margen de acción epistémico. Los principios formales sólo son incluidos en una ponderación al conectarse con un principio material. Por sí mismos, al ser formales, no tienen fuerza para contraponerse a un principio material. Pero no siempre que dos principios materiales colisionan deben ser tenidos en cuenta los principios formales. Únicamente cuando hay incertidumbre se hace necesaria su inclusión. Los principios formales contribuyen entonces «a la repartición de competencias decisorias entre el Tribunal Constitucional y el Legislador cuando se presentan incertidumbres acerca de la relación existente entre los principios materiales» (Alexy, 2002: 62).

Si «tan pronto desaparece la inseguridad, los principios formales también salen del juego» (Alexy, 2002: 62), el principio formal es, en efecto, una simple fórmula de adjudicación de competencias en caso de incertidumbre sobre la relación de precedencia entre principios. Pero, si es así, el principio formal no tendría por qué contraponerse con el principio iusfundamental material, pues no se está limitando la optimización del principio material en favor del formal, sino que se está reconociendo la incertidumbre sobre el resultado de la ponderación.

Esto quiere decir que lo que el margen de acción epistémico plantea es la forma en que se debe decidir en aquellos casos en los cuales el fundamento de las decisiones es empíricamente dudoso. Para que una decisión esté dentro de las competencias del legislador no sólo debe hacer parte de lo constitucionalmente posible, de acuerdo a lo indicado por el juicio de proporcionalidad, sino que las premisas empíricas que sirven de apoyo al legislador para tomar su decisión deben tener un grado de certeza proporcional a la intensidad de la intervención en el derecho constitucional afectado. Esto lleva a lo que Alexy ha llamado *segunda ley de la ponderación*, según la cual «[c]uanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención» (Alexy, 2002: 55). El margen de acción epistémico limita el tipo de razones que puede argüir el legislador al momento de limitar un derecho fundamental, exigiendo mayor certeza a medida que la limitación es más onerosa para el derecho afectado.

1.2.6. Márgenes de acción y constitucionalismo discursivo

En *Balancing, Constitutional Review and Representation* afirma Alexy que «la revisión constitucional de las leyes está necesariamente conectada a la pretensión de corrección. Si la ponderación fuera incompatible con la corrección, la objetividad y la justificación, no podría tener ningún lugar en el derecho constitucional» (2005: 574). Si no fuera posible en absoluto distinguir entre razones que sirven para justificar una decisión y aquellas que no, no tendría ningún sentido establecer un control de constitucionalidad, pues éste no cumpliría ninguna función en el esquema constitucional³⁰.

³⁰ Se le puede criticar a Alexy que la capacidad argumentativa de los jueces no agota las razones por la cuales es posible otorgarles autoridad. Como lo afirmara Madison en el

Ahora bien, la pretensión de corrección alexiana es una exigencia mucho más limitada que la única respuesta correcta de Dworkin. En la división de trabajo entre tribunales y órganos representativos propuesta por Alexy, la primera iniciativa la tienen los representantes pues, debido a que la constitución se reduce a establecer límites –diciendo qué se tiene que hacer y qué no se puede hacer-, los representantes del pueblo están mejor preparados para elegir las políticas adecuadas dentro de lo constitucionalmente permitido. Los tribunales, capaces de dar respuestas jurídicamente correctas a través del ejercicio de la ponderación, están preparados para establecer si se han sobrepasado los límites constitucionales o no. Para los tribunales no tendría sentido intentar determinar por sí mismos las políticas necesarias en un caso determinado, pues a través de la ponderación no podrían llegar a una única respuesta.

Una diferencia relevante entre Dworkin y Alexy es que si bien este último defiende una posición que en principio es más abierta a los desacuerdos, si miramos con atención sus propuestas, encontraremos que, por el contrario, las tesis de Alexy son bastante más restrictivas. Dworkin, como es ampliamente conocido, defiende la tesis de la única respuesta correcta, según la cual es posible encontrar soluciones jurídicamente correctas tanto en casos fáciles como difíciles. Alexy, por su parte, defiende una tesis de la corrección más limitada.

Federalista 51, la asignación de poder a diferentes instancias de gobierno también puede ser visto como una forma de dividir el poder y de esta manera controlarlo (2003: 317-322). Una actualización de este argumento (centrado no sólo en la división de poderes, sino en caso concreto de la *judicial review*), puede encontrarse en Kyritsis (2012: 320-324), para quien la independencia judicial permite que los tribunales puedan llevar a cabo una función de control efectiva. Esto quiere decir que es la independencia y no la superior capacidad argumentativa la que haría legítimo el control de constitucionalidad.

Para el profesor alemán es posible encontrar respuestas correctas, pero no únicas. En el caso de los derechos fundamentales, el derecho permite encontrar respuestas sobre lo prohibido, exigido y permitido, siendo lo permitido aquello que queda a discreción de los agentes políticos. Para Alexy, el derecho (y en este caso, los derechos fundamentales) tiene límites para determinar cuál es la solución correcta y, una vez llegados a dichos límites, correspondería a las instituciones democrático-representativas tomar decisiones, siempre dentro del marco constitucional delimitado por aquello que los derechos prohíben o exigen.

Por el contrario, Dworkin considera que los derechos sí determinan la solución (una única solución) en los casos concretos y por lo tanto no hay márgenes de acción, tal como los entiende Alexy. Vemos aquí una importante diferencia. En el caso de Dworkin las instituciones mayoritarias y constitucionales se ven justificadas tanto por una cuestión de división del trabajo, en la que los representantes tienen la última palabra en cuestiones de política mientras los jueces la tienen en cuestiones de principio, como por las consecuencias (distributivas y participativas) de los procedimientos constitucionales y mayoritarios. En el caso de Alexy, la justificación de las instituciones representativas y las constitucionales viene dada por los límites acerca de lo que el derecho puede o no regular, razón por la cual la división del trabajo se determina a través de los márgenes constitucionales, es decir, de qué es o no constitucionalmente relevante. Las instituciones democráticas son permitidas debido a que los derechos fundamentales no logran dar una sola respuesta pues llegan sólo a establecer un marco. Ante este límite del discurso jurídico, necesitaríamos instituciones en las que se decidiera con base en criterios distintos a los constitucionales.

En la posición defendida por Alexy no hay en verdad desacuerdos, lo que encontramos es discrecionalidad. Sobre los asuntos que sí están regulados por los derechos constitucionales, la competencia de los jueces es absoluta y no hay lugar a debate. No sólo existen en este ámbito respuestas correctas, como afirmaría Dworkin, sino que además contamos con un procedimiento que nos dice de manera fiable cuáles son estas respuestas. La legitimidad de las instituciones democráticas está limitada a los asuntos no alcanzados por la constitución y pueden ser decididos de manera discrecional.

En el modelo dworkiniano nos encontramos ante la existencia de respuestas correctas, aunque carecemos de mecanismos intersubjetivos que nos permitan determinar cuál es esta única respuesta. Los derechos, de principio a fin, siguen siendo un tema de debate en el que diferentes posiciones son defendidas y en el cual cada una de estas posiciones considera que la suya es la mejor interpretación del conjunto de preceptos que conforman el sistema jurídico. Pero en el constitucionalismo discursivo de Alexy sólo hay lugar a los desacuerdos en los asuntos que caen dentro de los márgenes de acción, mientras que los límites que marcan dichos márgenes, que no son otra cosa que interpretaciones sobre lo que los derechos constitucionales dicen, están por fuera del debate público y pueden (y deben) ser establecidos de manera técnica por los jueces a través de la ponderación constitucional³¹.

³¹ En un planteamiento de este estilo, opciones como las de un constitucionalismo débil al estilo canadiense o británico no tendrían ninguna cabida. Dado que podemos determinar de manera bastante fiable qué demandan los derechos fundamentales, no tendría sentido permitirles a los representantes decidir de nuevo sobre algo que ya se estableció por los medios idóneos.

2. *Luigi Ferrajoli y la defensa garantista del control de constitucionalidad*

En el mundo latino, Luigi Ferrajoli ha sido uno de los teóricos más influyentes en los estudios que abordan los vínculos existentes entre democracia y constitución. El profesor italiano ha defendido de manera sumamente compleja y articulada el control de constitucionalidad separándose de los argumentos esgrimidos por autores como Robert Alexy o Ronald Dworkin, y distanciándose del *constitucionalismo principialista* para reivindicar una reelaboración positivista del constitucionalismo jurídico: el *constitucionalismo garantista*.

Este apartado tiene como propósito estudiar la defensa del control de constitucionalidad adelantada por el *constitucionalismo garantista* de Luigi Ferrajoli. Para ello, se tendrá en cuenta cuatro aspectos especialmente relevantes en su teoría del derecho y de la democracia, y en los que es posible identificar, a su vez, cuatro dificultades. El primer aspecto es la separación que hace Ferrajoli entre forma y sustancia (entre el *cómo* y el *quién* por un lado, y el *qué* por el otro); el segundo es la negación de la existencia de conflictos entre derechos fundamentales y la afirmación del carácter cognoscitivo de la labor del juez en contraposición con la labor discrecional del legislador; el tercero es la visión pesimista de la política defendida por Ferrajoli que contrasta con su optimismo frente a la labor desempeñada por los jueces; por último, el cuarto elemento es el carácter fuertemente paternalista de su concepción sustantiva de la democracia que toma forma en la justificación hecha por el autor de la constitucionalización de los derechos fundamentales, amparada en las ideas de derechos vitales, paz social, soberanía popular y aplicación de la ley del más débil.

2.1. **Democracia formal y democracia sustancial**

El primer elemento a analizar es la separación que hace Ferrajoli entre forma y sustancia, y cómo esta separación deja de lado elementos importantes al momento de analizar una institución como la justicia constitucional. Para llevar a cabo esta tarea es necesario hacer una breve descripción de lo que entiende Ferrajoli por democracia formal y sustancial que servirá así mismo como base para la exposición que en los numerales siguientes se hará de las dificultades a las que se enfrenta el *constitucionalismo garantista*.

Ferrajoli considera su concepción de la democracia una propuesta doblemente democrática, pues implica la democratización tanto del «ser» como del «deber ser» del derecho, es decir, el establecimiento de una constitución democrática o, si se prefiere, de una democracia constitucional, que ha sumado a la *racionalidad formal*, logro del positivismo jurídico, una *racionalidad sustancial* basada en los derechos fundamentales, sustento de la paz social.

De esta manera el constitucionalismo garantista de Ferrajoli integra dentro de un esquema positivista las dos características propias de las democracias constitucionales que son, precisamente, la existencia de estructuras representativas, unida a la revisión de la validez -basada en criterios sustanciales- de las decisiones del órgano representativo a través del control de constitucionalidad ejercido por los jueces. Esta estructura significa, dice el profesor italiano, la supresión de «la última forma de gobierno de los hombres: la que en la tradicional democracia representativa se manifestaba en la omnipotencia de la mayoría [...], la legalidad ya no es sólo, como en el viejo modelo paleo-iuspositivista, “condicionante” de la validez de las normas infra-legales, sino que ella misma está condicionada, en su propia validez, al respeto y a la actuación de las normas constitucionales» (Ferrajoli, 2011c: 24).

De esta manera Ferrajoli contrapone la concepción formal de la democracia o democracia como procedimiento (en la que el autor italiano incluye las posiciones defendidas por teóricos como Kelsen, Schmitt, Schumpeter, Popper, Bobbio, Sartori, Waldron, Pintore, Bayón, Greppi, Ruiz Miguel y un largo etcétera), basada en la idea de *auto-nomía* como fuente de legitimidad del sistema³² y la concepción sustancial de la democracia por él defendida.

La concepción procedimental de la democracia, basada en la idea de libertad política, «identifica a la democracia simplemente conforme a las *formas y procedimientos* idóneos justo para garantizar que las decisiones producidas sean expresión, directa o indirecta, de la voluntad popular. La identifica, en una palabra, por el *quién* (el pueblo o sus representantes) y el *cómo* (la regla de la mayoría) de las decisiones, independientemente de sus contenidos, es decir, del *qué* viene decidido» (Ferrajoli, 2011b: 9).

La democracia sustancial, por su parte, defiende la existencia de «límites y vínculos a la autodeterminación individual y colectiva en tutela de intereses o necesidades vitales de todos», identificándose con la atribución de derechos sustanciales «reflejo de aquellos intereses y necesidades, a través de las normas sustanciales que disciplinan el ejercicio de los poderes de autodeterminación». La democracia sustancial integra en un mismo esquema los elementos formales de la democracia procedimental, a los que complementa con elementos sustanciales representados por los derechos fundamentales que sirven como

³² Legitimidad que derivaría del «hecho de que las decisiones se adopten, directa o indirectamente, por sus mismos destinatarios, o, más exactamente, por su mayoría, de modo que sean expresión de la “voluntad” y la “soberanía popular”» (Ferrajoli, 2011b: 9).

límites a los derechos «en otro caso absolutos, en los que consisten los derechos secundarios» (Ferrajoli, 2011b: 20)³³.

En la contraposición hecha por Ferrajoli entre democracia formal y sustancial se entiende que en el modelo formal «todos los poderes están fundamentados, directa o indirectamente, en los derechos-poder de autonomía: en el sentido de que se refieren a la “forma” de las decisiones tanto la identificación de los sujetos de la autodeterminación (el “quién decide”) como el principio de mayoría (el “cómo se decide”) asegurados por la universalización de los derechos secundarios, tanto civiles como políticos» (Ferrajoli, 2011b: 20).

Por su parte, la concepción sustancial de la democracia hace referencia a «un estado de derecho en el que todos los poderes están sometidos a los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos» y que puede ser llamada «sustancial» en la medida en que «se refieren a la “sustancia” de las decisiones tanto los límites fundamentales (D11.24) correspondientes a los derechos individuales, sean de libertad o de autonomía (el “qué no se debe decidir”), como los vínculos fundamentales (D11.25) correspondientes a los derechos sociales (el “qué se debe decidir”), unos y otros impuestos, según el modelo normativo de la democracia constitucional, tanto a los derechos-poder de la autonomía privada como a los representativos de la autonomía política, en garantía de intereses primarios y vitales de todos y cada uno» (Ferrajoli, 2011b: 20-21).

³³ Este paso de un concepto de democracia y constitución en el que sólo se tienen en cuenta elementos formales a uno en el que se incorporan tanto elementos formales como materiales es descrito por Alexy al hablar del paso de un modelo de constitución *puramente procedimental* a uno *mixto material-procedimental* (Alexy, 1993: 503-506).

Partiendo de la teoría del derecho, el garantismo entiende los derechos fundamentales (elementos que marcan el carácter sustancial de la democracia), desde una perspectiva puramente formal, esto es, atendiendo sólo al carácter universal de su configuración. Esto significa que todo derecho que se otorgue de manera universal es fundamental³⁴. Otorgarse de manera universal significa que se atribuyen *en igual forma y medida* a clases de sujetos. Estas clases de sujetos se corresponden con los estatus de persona, ciudadano y capaz de obrar (Ferrajoli, 2011a: 684 y ss.).

Dado que es una definición formal, la misma no nos dice nada acerca de cuáles derechos deben ser considerados fundamentales. El autor reconoce que podría haber derechos fundamentales reprochables, como el derecho a portar armas establecido en la segunda enmienda a la Constitución Norteamericana.

Los derechos fundamentales, al ser normas supra-ordenadas y debido a que el cumplimiento de lo dispuesto por éstos es condición de validez de las demás normas del ordenamiento, restringen lo legítimamente decidible por los diferentes órganos políticos y, en particular, determinan las posibilidades de las mayorías parlamentarias. Dichos límites son los que dan lugar a la *esfera de lo indecidible*, tanto de lo *indecidible que* como lo *indecidible que no*, es decir, establece los límites de lo constitucionalmente válido³⁵.

³⁴ Este intento por definir los derechos fundamentales como todo derecho otorgado de manera universal ha sido criticado por Guastini (2001: 60-61), Ruiz Manero (Ferrajoli y Ruiz Manero. 2012: 114 y ss.) y Micaela Alterio (2011: 13-16; 2012: 4).

³⁵ La esfera de lo indecidible hace pensar de inmediato en la idea de la *constitución como orden marco* propuesta por Alexy, según la cual los derechos fundamentales determinaban aquello que la constitución prohíbe, exige y permite (Alexy, 2002: 18 y ss.).

Dado que los derechos fundamentales pueden incorporar expectativas tanto positivas como negativas, las exigencias de ellos derivadas pueden consistir en una prohibición o en una obligación: la *esfera de lo indecidible que* establece «lo que no está permitido (o está prohibido) decidir, determinada por el conjunto de los derechos individuales que excluyen, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan dañarlos o reducirlos», mientras que la *esfera de lo indecidible que no* trata de «lo que no está permitido no (o es obligatorio) decidir, determinada por el conjunto de los derechos sociales que imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones idóneas para satisfacerlos» (Ferrajoli, 2011b: 22).

El esquema completo se podría describir de esta manera: la constitución como norma superior; los derechos fundamentales como reglas; la ponderación como método para el estudio de las circunstancias del caso pero no como balanceo de principios; estos derechos (reglas tético-deónticas ³⁶) como determinantes de las esferas de lo decidible e indecidible y, finalmente, el juez constitucional como garante del respeto a los derechos fundamentales.

Una teoría de los derechos y la democracia así construida no ha respondido aún a las preguntas sobre las razones que tenemos para aceptar, por un lado, la

³⁶ Ferrajoli distingue entre normas téticas e hipotéticas, en donde las primeras «inmediatamente disponen situaciones expresadas mediante ellas», mientras que las segundas «no adscriben ni imponen inmediatamente nada, sino simplemente predisponen situaciones jurídicas como efectos previstos por ellas» (Ferrajoli, 2001a: 34). A esta distinción, Ferrajoli suma la diferenciación entre normas deónticas y normas constitutivas. Sería deóntica «toda regla que disponga o predisponga modalidades deónticas o expectativas positivas o negativas», mientras que sería constitutiva «toda regla que disponga o predisponga un estatus» (Ferrajoli, 2011a: 225).

idea de los derechos fundamentales como límites a las decisiones de las mayorías democráticamente elegidas, ni del establecimiento de la justicia constitucional como la institución adecuada para determinar los límites de lo constitucionalmente válido. La teoría del derecho descrita por Ferrajoli no nos puede servir para responder a estas preguntas, pues al ser formal no puede darnos luces sobre un problema cuyo núcleo es no sólo político, sino también moral. Para encontrar estas respuestas debemos remitirnos a la teoría de la democracia, teoría que, como el autor italiano expresa, es una «interpretación de tipo axiológico del paradigma constitucional» (Ferrajoli, 2011a: 19).

Para hacer frente a la primera de las preguntas (por qué debemos considerar la constitucionalización del «deber ser» del derecho a través de los derechos fundamentales como un hecho deseable), es necesario recurrir no ya a la idea de derechos fundamentales como derechos definidos desde una perspectiva formal, sino a los fundamentos axiológicos de dichos derechos, las razones por las cuales consideramos necesario establecer un derecho «no para algunos sino para todos» (Ferrajoli, 2011a: 840).

Un derecho debe ser protegido como fundamental, es decir, otorgado de manera universal, cuando éste proteja o haga realidad la igualdad, la democracia, la paz y la tutela del más débil³⁷. En cuanto a la igualdad, los derechos fundamentales son ellos mismos afirmación de ésta. Al ser universales establecen precisamente aquellos aspectos en que debemos ser considerados iguales. Los derechos civiles afirman nuestra igualdad civil, los derechos políticos nuestra igualdad política, los derechos de libertad nuestra igualdad liberal y los derechos sociales nuestra igualdad social (Ferrajoli, 2001b: 332). Los

³⁷ La defensa del fundamento de los derechos fundamentales en el modelo garantista se encuentra en Ferrajoli (2001b: 329-370).

derechos fundamentales, al contrario que los derechos patrimoniales, son «normas téticas [que] constituyen la base de la igualdad, [mientras que] las normas hipotéticas constituyen la base de la desigualdad jurídica» (Ferrajoli, 2001: 329).

Los derechos fundamentales se constituyen también en base de la democracia, sea formal o sustancial, debido a que son necesarios para su establecimiento. Dado que los derechos civiles y políticos determinan el *quién* y el *cómo*, son ellos (como derechos-poder, de autonomía o secundarios) la base de la democracia formal. De igual manera, los derechos de libertad y los derechos sociales, que establecen expectativas positivas o negativas y que vinculan al poder político, es decir, establecen límites a los derechos de autonomía, son ellos mismos la base de la democracia sustancial³⁸. Sea que se

³⁸ Tanto la democracia política o formal, como la democracia sustancial tienen como elemento común la existencia de derechos políticos, razón por la cual «la democracia es, ante todo y necesariamente, “política”; [...] la dimensión política es coesencial a la democracia; [...] la democracia es siempre -también o tan solo- “democracia política”. La dimensión política, en otras palabras, no es una más de las cuatro dimensiones de la democracia, como si, en su ausencia, siguiera siendo lícito hablar de “democracia civil”, “liberal”, “social” o “sustancial”» (Ferrajoli, 2001b: 343). A pesar de la centralidad de la democracia política en cualquier concepción de la democracia aceptable, Ferrajoli considera que una democracia sustancial es superior a una simplemente formal debido a que «la existencia misma de la democracia que he llamado “formal” -esto es, la democracia “política” y la “civil”- no quedaría garantizada sin los límites que le imponen los derechos fundamentales, siendo su destino resultar subvertida, como se ha dicho, por la ilimitada potestad del pueblo de suprimir -y la de cada uno de disponer de forma autónoma de- los propios derechos políticos y civiles» (Ferrajoli, 2001b: 345).

adopte una u otra concepción de la democracia, el establecimiento y satisfacción de los derechos fundamentales se entienden como necesarios (Ferrajoli, 2001b: 339-341).

El tercer fundamento axiológico de los derechos fundamentales es la capacidad que tienen estos de garantizar la paz social. Para Ferrajoli, «[e]s lícito [...] establecer una correlación biunívoca entre el grado de paz y el grado de garantía a favor de todos estos derechos, la paz social es tanto más sólida y los conflictos tanto menos violentos y estremecedores cuanto más amplias y efectivas sean las garantías de los mismos» (Ferrajoli, 2001b: 356).

Por último, los derechos fundamentales adquieren su fundamento ideológico en tanto se convierten en la ley del más débil, en contraste con el estado de naturaleza y la ley del más fuerte: «si queremos que los sujetos más débiles física, política, social o económicamente sean tutelados frente a las leyes de los más fuertes, es preciso sustraer su vida, su libertad y su supervivencia, tanto a la disponibilidad privada como a la de los poderes públicos, formulándolos como derechos en forma rígida y universal» (Ferrajoli, 2001b: 362).

Esta doctrina de los derechos fundamentales axiológicamente justificados se refleja en los llamados por Ferrajoli derechos vitales, es decir, «aquellos derechos fundamentales que son tales porque su violación compromete, directa o indirectamente, la paz y consiguientemente la vida de sus titulares» (Ferrajoli, 2011a: 839). Si bien no todo derecho fundamental está axiológicamente fundamentado (como es el caso del derecho al porte de armas en los Estados Unidos), todo derecho vital sí lo está en tanto son vitales sólo aquellos derechos universalmente otorgados que tienen como fundamento el mantenimiento de la paz social. Los derechos vitales son siempre universalmente atribuidos, por lo que son fundamentales, pero dado su vínculo directo con la preservación de la

paz social, son la razón que fundamenta toda institución política considerada democrática.

Esto último es lo realmente relevante de la inclusión de los derechos vitales como una tipología propia. Estos definen el carácter democrático de las instituciones políticas y de la misma constitución, son la *razón social* de toda constitución democrática y su negación es a la vez la negación del sistema democrático mismo (Ferrajoli, 2011a: 841 y ss.; 2011b: 88 y ss.)³⁹.

Desde el punto de vista de la filosofía política, la democracia formal es vista por el garantismo como una concepción pobre de la democracia, toda vez que basa su fundamento -de manera exclusiva- en los derechos de autonomía, dejando de lado los demás derechos vitales. Su pobreza se debe entonces a que, en primer lugar, es incapaz de garantizar la paz social y, en segundo lugar, descansa sobre el error teórico de concebir las relaciones entre los derechos de autonomía y los derechos sociales y de libertad como una relación de tensión o enfrentamiento. Para el garantismo no hay enfrentamiento entre derechos de autonomía (o secundarios) y derechos sociales y de libertad (o primarios), sino que se ubican en planos diferentes. Hay una relación estructural en la que los derechos primarios son establecidos como «límite y vínculo» a la democracia formal constituida por los derechos secundarios (Ferrajoli, 2001: 354-355).

³⁹ Este reconocimiento de los derechos vitales como razón social de la constitución tiene implicaciones teórico-jurídicas importantes, pues estos derechos limitan también la posibilidad de reforma de la misma constitución. Incluso en aquellas constituciones en que no se establezcan de manera explícita los límites a su propia reforma, los derechos fundamentales se convierten en límites implícitos a la reforma constitucional (Ferrajoli, 2011b: 88-89).

El llamado hecho por los procedimentalistas (defensores de la democracia formal) al autogobierno como verdadero núcleo de la democracia y a los principios de igual participación y respeto por la autonomía (individual o colectiva), es considerado por el garantismo como una mistificación basada en la falsa idea de *pueblo* como macro-sujeto colectivo con voluntad propia⁴⁰. La alternativa a esta idea es la noción de democracia basada en la igualdad de derechos. Lo que hace a un gobierno democrático, dicen los garantistas, no es que el pueblo tome las decisiones sobre la organización social y sobre cuáles son sus derechos y cuáles las exigencias que de éstos se derivan, sino el respeto por los derechos previstos en la constitución; no es por la participación en la conformación del poder público, sino la suma de los derechos de todos y su respeto lo que justifica el calificativo de democrático de cualquier gobierno.

2.2. La separación entre forma y sustancia

Una de las distinciones básicas que ofrece la teoría ferrajoliana de la democracia es la diferenciación entre las formas (el *cómo* y el *quién*) y la sustancia (el *qué*). Esta distinción no está, sin embargo, libre de dificultades. En ella no sólo se identifica la democracia formal con el *quién* y el *cómo*, sino que parece pasarse por alto que la democracia en su versión sustancial no sólo introduce elementos materiales destinados a delimitar los derechos-poder, sino que al establecer nuevas instituciones que tienen por objeto la guarda de dichos límites, establece nuevos poderes regidos a su vez por elementos formales, es decir, da lugar a nuevos *quiénes* y nuevos *cómos*.

⁴⁰ Para una crítica de la posición defendida por Ferrajoli apoyada en la idea de autonomía, ver Pintore (2001).

No aclara, por ejemplo, que en toda decisión (sea ésta fruto de *funciones de gobierno* o *funciones de garantía*⁴¹) contiene siempre elementos formales. De esta manera el garantismo pareciera afirmar que el *quién* y el *cómo* se limitarían a regular la toma de decisiones por mayorías parlamentarias, pero pareciera escapar a la toma de decisiones por las mayorías judiciales.

Es claro, por ejemplo, que para el ejercicio de las funciones de garantía se establece también un *quién* y un *cómo*. Se determinan *quién* decide (la justicia constitucional) y *cómo* (sentencias motivadas y decididas por mayoría). La tesis de que los derechos fundamentales son límites que se encuentran por fuera de la capacidad de decisión de cualquier poder (público o privado) simplemente no aplica. Finalmente, «[l]o no decidible de que habla Ferrajoli resulta, en realidad, siempre decidido», como afirma Pintore (2001: 263).

Esto muestra que el garantismo deja de lado la importante discusión sobre el funcionamiento de las instituciones necesarias para el cumplimiento de las *garantías secundarias* derivadas de la inclusión de los derechos como parámetros de validez de las normas jurídicas. El *qué* y el *cómo* se decide sigue jugando un papel vital en la democracia constitucional no sólo en lo que se refiere a las decisiones del órgano representativo –a las cuales Ferrajoli no les niega su importancia-, sino en las mismas funciones de garantías de los parámetros materiales de validez (los derechos). Saber cuáles son los límites que imponen los derechos, establecer la esfera de lo indecidible, implica decidir sobre lo que

⁴¹ Las funciones de gobierno estarían vinculadas a la esfera (discrecional) de lo decidible y se corresponderían con las funciones legislativa y administrativa. Por su parte, las funciones de garantía estarían ligadas a la esfera de lo indecidible (*qué* o *qué no*) y se correspondería con el ejercicio de las garantías primarias y secundarias (Ferrajoli, 2011a: 825).

el derecho y la constitución dicen o no⁴². Con esto, como bien indica Bayón, «lo que en realidad se nos está proponiendo es sustraerlos al poder de decisión de la mayoría simplemente para encomendarlos a un poder de decisión diferente» (2004: 88)⁴³.

La primera dificultad que enfrenta entonces el constitucionalismo garantista en su defensa del control de constitucionalidad es que no establece una relación explícita entre el argumento normativo sobre la prevalencia de los derechos de libertad y derechos sociales y los mecanismos destinados a protegerlos. Una cosa es aceptar que los derechos de participación deben estar sometidos a los límites establecidos por los derechos fundamentales y otra es considerar que

⁴² El establecimiento de lo que el derecho exige y la diferenciación entre la *iuris-dictio* y la *legis-latio* es, como afirma Andrea Greppi, una tarea que se comprueba sumamente compleja dado que «la frontera entre sintaxis y semántica constitucional [entre los procedimientos y los derechos] se vuelve inestable y acaba situándose en el centro mismo de la controversia política» (2012: 125).

⁴³ Esta posición era criticada por Walzer en *Philosophy and Democracy*, quien afirmaba al referirse a la posición de los filósofos frente a la democracia:

[E]l filósofo heroico puede argumentar que nunca puede haber un derecho a equivocarse (no, al menos, una vez sabemos o podemos saber qué es lo correcto). Esto es, al menos de manera incipiente, un argumento acerca de la distribución de poder político y tiene dos implicaciones. La primera, que el poder del pueblo debe estar limitado [...] y segundo, que a alguien más se le debe otorgar poder para revisar lo que el pueblo hace y tomar medidas cuando transgrede los límites [de lo correcto]. ¿Quién? En principio, supongo, cualquiera que sepa la verdad acerca de lo correcto. Pero en la práctica, en un orden político operante, tendrá que encontrarse algún grupo del cual se pueda presumir que sabe la verdad mejor –o de manera más consistente– que el pueblo como un todo (Walzer, 1981: 387).

ello justifica automáticamente el establecimiento de mecanismos de control de constitucionalidad.

La sola afirmación de que es necesario establecer instituciones que tengan por objetivo cumplir con las obligaciones derivadas de las garantías secundarias destinadas a proteger los derechos fundamentales, apenas abre el debate sobre cuáles deben ser esas instituciones. Es completamente lícito proponer la institucionalización de un modelo de justicia constitucional pero, dado que esto significa dar la facultad de decidir (también por mayoría) a un determinado grupo de jueces (establecer, de nuevo, un *quién* y un *cómo*), es necesario dar nuevos argumentos que nos hagan pensar que dicho grupo decidirá de mejor manera que los representantes de los ciudadanos en las asambleas legislativas.

2.3. Ponderación y constitucionalismo garantista

La segunda dificultad que enfrenta el constitucionalismo garantista es la forma en que entiende (o más bien, niega la posibilidad de) la ponderación entre principios o derechos constitucionales. Los mismos términos de la separación entre forma y sustancia vistos en el numeral anterior se ven reflejados en la distinción hecha entre la forma en que operan las asambleas legislativas y los jueces. Ferrajoli considera que estas dos funciones (la legislativa y la judicial) no pueden ser comparadas. Mientras que las decisiones del legislador son fruto del ejercicio de derechos secundarios (derechos-potestad que les permiten a las instituciones de gobierno tomar decisiones dentro de aquello que se considera discrecional por estar dentro de la esfera de lo decidible), las decisiones tomadas por los jueces son consecuencia de normas secundarias⁴⁴ que los

⁴⁴ Por *norma primaria* entiende Ferrajoli «toda norma deóntica cuya inobservancia sea un acto inválido o un acto ilícito». Por *norma secundaria* «toda norma hipotético-

habilitan sólo a declarar inválidas las normas expedidas por el legislador en caso de ser contrarias a los límites impuestos por los derechos.

La función de los jueces sería tendencialmente cognoscitiva, mientras que la de los legisladores discrecional. Pero, dado que los derechos no se imponen por sí mismos como límites a las decisiones de las mayorías, sino que requieren de garantías secundarias que otorgan a otras instituciones (*instituciones de garantía*) el poder para determinar si las leyes decididas por las asambleas respetan los preceptos consignados en los (muy abstractos) derechos fundamentales, se entiende que la materialización de la democracia significa que «el poder final de decidir cuáles son los contornos precisos de los derechos constitucionales y las relaciones de prioridad entre ellos para grupos de casos determinados [...] [se] encomienda a poderes de decisión distintos del de la mayoría (como mayorías reforzadas u órganos jurisdiccionales)» (Bayón, 2004: 92).

Pero el constitucionalismo garantista no encuentra ninguna dificultad en esta asignación de competencias en los jueces constitucionales, pues considera que las funciones de garantía desempeñadas por estos implican sólo la aplicación de normas constitucionales que, contrario a lo que defienden otros autores iusconstitucionalistas (como Atienza, Ruiz Manero, Moreso, Alexy o Dworkin) agrupados por Ferrajoli bajo la etiqueta de *constitucionalismo principialista*, no implica la ponderación entre derechos que colisionan entre sí.

El garantismo se opone precisamente a la posibilidad de ponderar entre diferentes principios regulativos y de que uno de ellos preceda (o derogue) a otro u otros. Para negar esto Ferrajoli hace uso de dos argumentos. El primero

deóntica cuya observación consista en la anulación de un acto inválido o en la condena por un acto ilícito» (Ferrajoli, 2011a: 640).

de ellos hace referencia al carácter deóntico de los principios regulativos (a su condición de reglas tético-deónticas). El segundo ataca la idea de precedencia (*derogabilidad*) de los principios debido a la amenaza que esto significaría para la rigidez de las constituciones y, por tanto, para el sistema constitucional.

Con un ejemplo puede verse la manera como los principios regulativos son entendidos como reglas tético-deónticas. Luis Prieto Sanchís, al hablar de las críticas dirigidas por Ferrajoli a los constitucionalistas principialistas, da un ejemplo en el que, según Prieto, es claro que se da un caso de ponderación (Prieto Sanchís, 2011: 239). En el caso propuesto se presenta el conflicto entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación al momento de establecer si son lícitas o no las medidas de discriminación positiva a favor de grupos desfavorecidos. En este caso, el principio de no discriminación prohíbe la diferente asignación de derechos y obligaciones por razones de sexo, raza, nacionalidad, etc. (pues, como dice la Constitución Colombiana –en adelante C.C.- en su artículo 13, inciso 1º -equivalente al artículo 14 de la Constitución Española, en adelante C.E.-: «Todas las personas [...] gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica»), por lo que su aplicación exigiría que dichas medidas de discriminación positiva o inversa fueran tenidas como contrarias a la Constitución y, por tanto, invalidas. El principio de igualdad, por su parte, al exigir no sólo la igualdad formal, sino también el establecimiento de condiciones que hagan real el igual respeto a todos y cada uno de los miembros de la comunidad política, defiende el establecimiento de tales medidas,

siguiéndose de su aplicación que los casos de discriminación positiva pudieran ser considerados válidos dadas ciertas circunstancias⁴⁵.

Dado que de la aplicación de cada uno de los dos principios de rango constitucional en conflicto se llega a conclusiones distintas y contradictorias, se debe determinar cuál debe ser, para el caso concreto, el principio aplicable. Los criterios de especialidad, jerarquía o temporalidad, que ayudan al momento de resolver las antinomias entre reglas, no servirían para resolver el caso descrito, razón por la cual sería necesario ponderar entre los dos principios en liza y determinar cuál debe ceder y cuál debe ser aplicado.

Esta descripción, alega Ferrajoli, es incorrecta. Los principios regulativos no pueden ser ponderados sino simplemente observados o no observados. En el ejemplo propuesto por Prieto Sanchís, lo que habría sería la simple aplicación del principio de igualdad que, dado que se entiende no sólo como igualdad formal sino también sustancial, las medidas de discriminación positiva no serían otra cosa que una garantía del principio de igualdad. «En efecto, el principio de igualdad es una norma que impone la no discriminación de las diferencias personales como las diferencias de sexo, raza y similares. Sin embargo, si atendemos a los hechos, debemos reconocer que estas discriminaciones son practicadas en la realidad en violación de su prohibición» por lo que «las medidas como las acciones positivas a favor de los sujetos discriminados no sólo no son violaciones del principio de igualdad sino que, al contrario, son garantías de efectividad de dicho principio impuestas como debidas» (Ferrajoli, 2011d: 353).

⁴⁵ Así los establece el artículo 13, inciso 2º C.C. (equivalente al 9.2 C.E.): «El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados».

En el caso de la libertad de expresión y sus posibles interferencias con el derecho al honor, la reconstrucción del constitucionalismo principialista, después de establecer que el derecho al honor implica que ninguna persona o institución, pública o privada, puede atacar el honor y la intimidad personal y familiar de sus titulares (artículos 15, 21 y 42 C.C. y 18.1 C.E.), y que la libertad de expresión exige que toda persona pueda expresar su pensamiento, sin que encuentre interferencias por parte del Estado o de cualquier otra institución o persona (artículos 20 C.C. y C.E.), reconoce que la aplicación en un caso determinado de cada uno de los principios podría llevar a la inaplicación del otro. Para resolver este problema, los constitucionalistas principialistas recurren a la ponderación o balanceo para determinar si dadas las circunstancias del caso concreto, tiene más peso el derecho al honor o la libertad de expresión.

El constitucionalismo garantista, por su parte, diría que nos encontramos ante dos reglas, y una de ellas debe ser preferida a la otra dado su carácter especial. En el caso estudiado, tendríamos como regla o norma general, la libertad de expresión, y como regla o norma especial, el derecho al honor. Sopesadas las circunstancias concretas se deberá determinar si los hechos juzgados son subsumibles en la norma especial, caso en el cual deberá ser aplicada; si por el contrario esto no ocurriera, se aplicaría la norma general (en este caso la libertad de expresión) (Ferrajoli y Ruiz Manero, 2012: 110).

No habría ponderación entre normas, sino una *ponderación equitativa compleja*, es decir, el balance equitativo que se debe hacer cuando hay un concurso de normas que no se da «entre reglas o principios sino entre hechos o circunstancias de hecho; no excluye la subsunción, es decir, la *iuris-dictio* sino que simplemente la precede como ejercicio de *iuris-prudentia* del mismo modo

como la aceptación y valoración de los hechos precede siempre, lógicamente, a su calificación jurídica» (Ferrajoli, 2011d: 356)⁴⁶.

Contrastada esta ponderación equitativa compleja con la simple ponderación defendida por los principialistas, es difícil no pensar que la distancia entre una y otra no es tan abismal como afirma Ferrajoli. Toda ponderación, esto siempre se ha dicho, exige el estudio de las circunstancias concretas del caso, sin lo cual no sería posible hacer ponderación alguna pues, en abstracto, ambos principios tienen igual peso. Al establecer en los ejemplos citados el contenido del principio de igualdad y al subsumir los hechos en la norma que consagra el derecho al honor que actúa como norma especial, lo que se lleva a cabo es una actividad bastante similar a la ponderación principialista.

Determinar si en el caso de un diputado o un miembro del Gobierno, su intimidad personal o familiar debe ser garantizada debido a que es subsumible en la norma que consagra el derecho al honor o, dado que no es así, debe ser aplicada la norma general de la libertad de expresión, es muy cercano a decir que dos principios que regulan una misma conducta dictan soluciones jurídicas contradictorias y que, después de ponderar teniendo en cuenta las circunstancias propias del caso, se decide si, en esas circunstancias, se debe

⁴⁶ En *Constitucionalismo principialista*, aclaraba Ferrajoli: «[la ponderación] tiene por objeto no las normas aplicar, sino, antes bien, las circunstancias de hecho previstas por las mismas a los fines de calificar jurídicamente y connotar equitativamente el caso sometido al juicio. Las normas, ya sean reglas o principios, son siempre las mismas y tienen siempre, por tal motivo, igual peso. Los que cambian, los que son siempre irrepetiblemente diversos y deben, por tanto, ser pesados, son los hechos y las situaciones concretas a las que las normas son aplicables» (Ferrajoli, 2011c: 47-48).

dejar de lado uno de los principios o el otro, o que los principios, correctamente entendidos, exigen una u otra solución.

Estas semejanzas entre ambas teorías han llevado a José Juan Moreso a considerar que la distinción propuesta por Ferrajoli no es más que «una forma de hablar», pues «[c]uando algunos autores sostienen que se ponderan las pautas para establecer cuál es aplicable a un caso concreto determinado, obviamente quiere decir que, en aquellas circunstancias de hecho, determinada pauta cede su aplicación a otra y, en este sentido, pierde su fuerza» (Moreso, 2011: 194)⁴⁷.

Pero Ferrajoli insiste en la diferencia. Nos dice que «una cosa es decir que en los casos concretos los jueces valoran y ponderan los principios normativos subordinando así los juicios a las normas que deben ser aplicadas [ponderación principialista] y otra cosa es decir que ellos valoran y ponderan las circunstancias de hecho que en tales casos justifican su aplicación [ponderación equitativa]» (Ferrajoli, 2011d: 356).

El reconocimiento de la distinción lógica entre reglas y principios, entre precedencia condicionada y especialidad e invalidez, es para el profesor italiano fruto de la adopción de una visión objetivista de la moral y de la aceptación de la tesis de la conexión entre derecho y moral, es decir, del abandono del positivismo y de la aceptación del iusnaturalismo. La misma idea de ponderación y precedencia (que Ferrajoli llama derogabilidad) haría «vano el

⁴⁷ Una explicación detallada de la forma en que Moreso entiende la ponderación (como una forma de aplicación del derecho no contrapuesta a la subsunción) puede verse en Moreso (2005). Una crítica a éste planteamiento puede encontrarse en Celano (2002) y Sauca (2009: 53-56).

paradigma constitucional y se revela, consecuentemente, en el vaciamiento del propio modelo del Estado de Derecho» (Ferrajoli, 2011d: 359)⁴⁸.

Si la ponderación principialista es la apertura a razones y consideraciones morales y, por lo tanto, la puerta de entrada al poder de disposición del juez, la ponderación equitativa es el ejercicio de la *iuris-prudentia*, por la cual se sopesan los hechos y las circunstancias del caso y que precede pues a la *iuris-dictio* (la subsunción) (Ferrajoli, 2011d: 356). La primera es el regreso al derecho premoderno, la segunda la consolidación del proyecto constitucional y positivista.

No puede dejarse de lado una diferencia entre principialistas y garantistas que reviste no poca importancia. Los primeros, incluso cuando defienden la existencia de respuestas únicas o de objetividad y verdad (Dworkin, 1996b), tienen siempre presente el desacuerdo existente a la hora de responder a la pregunta de qué exigen los derechos que hacen parte de un determinado sistema jurídico. Aun si existe *la verdad* sobre cuestiones morales o jurídicas, no existe un método intersubjetivo para establecerla, y esto da cuenta de las diferentes lecturas de nuestros derechos⁴⁹. En gran medida los desacuerdos son

⁴⁸ Para una visión alternativa en la que se afirme que recurrir a la ponderación no implica acoger todas las tesis principialistas y, en especial, la aceptación de la conexión necesaria entre derecho y moral, ver Prieto Sanchís (2013: 99-102).

⁴⁹ Waldron también deja claro que «[e]l hecho de que estemos en desacuerdo y que por lo tanto necesitemos invocar una autoridad no es necesariamente una concesión al subjetivismo moral o al convencionalismo o al relativismo. Es posible reconocer la existencia de desacuerdos en cuestiones de derechos y justicia [...] sin hacer la afirmación metaética de que no es posible establecer verdad alguna en el asunto sobre el cual discuten los participantes» (1999: 244).

presentados por los principialistas como conflictos entre derechos, como exigencias *prima facie* de diferentes principios constitucionales que llevan a decisiones contradictorias, lo que obliga al juez a ponderar con el objeto de establecer qué principio debe primar y en qué medida.

Para el constitucionalismo garantista la cuestión es diferente pues precisamente niega la ponderación principialista, y su insistencia en la subsunción como el método propio de la dogmática jurídica llevaría a una especie de *cognitivismo judicial* en donde «la discrecionalidad judicial existente ha de considerarse meramente fisiológica, es decir, esporádica y marginal» (Ruiz Miguel, 2011: 287)⁵⁰.

Los principialistas, de alguna manera, reconocen que el proceso de constitucionalización de algunos principios -sustento del sistema democrático liberal-, lleva consigo el traslado de aquellas discusiones que antes eran parte del debate político-moral, al campo del derecho⁵¹. Este cambio trae consigo

⁵⁰ De manera similar afirma Prieto Sanchís que «el extraordinario poder de censura que el garantismo deposita sobre los jueces, protagonistas de las que él llama garantías secundarias, quiere hacerse soportable a través de una visión cognitivista de la interpretación donde el juez está llamado a constatar y, en muy escasa medida, a escoger, valorar o decidir [...] en fin, los derechos se formulan como mónadas asiladas cuyos contornos aparecen perfectamente delimitados desde su enunciado constitucional, y basta con aplicarlos a los distintos supuestos de hecho» (2013: 100-101).

⁵¹ Debe tenerse en cuenta que, para los principialistas, esto *contaminación* del derecho con preceptos morales no necesariamente implica el abandono de la subsunción como método. Este es el caso de Alexy (1993: 95) y Moreso (2005) quienes afirman que la subsunción es la etapa final del proceso de ponderación entre principios. Para Moreso,

precisamente los problemas de legitimación que la objeción contramayoritaria trata de mostrar en su crítica al control de constitucionalidad de las leyes. Las justificaciones del control judicial, como foro de principio o representación argumentativa (para poner como ejemplo las soluciones dadas por Dworkin o Alexy), buscarían precisamente dar una base que permita explicar el porqué de una institución que no basa su legitimidad en la representación de los ciudadanos.

El garantismo, por su parte, considera que la integración de principios político-morales en las constituciones tiene efectos menos relevantes -en lo que a interpretación se refiere- que los pretendidos por los principialistas. No hay conflictos entre derechos, ni precedencia condicionada, sino una concurrencia de normas y la aplicación del criterio de *ley especial*⁵².

«*idealmente* el juez constitucional que aplica principios constitucionales opera con un conjunto delimitado de propiedades relevantes que permiten correlacionar de manera unívoca determinados casos genéricos a sus condiciones normativas. La ponderación consiste en la articulación de ese conjunto de propiedades relevantes, en la explicitación de las condiciones de aplicación que previamente eran sólo implícitas. Una vez realizada esta tarea, la aplicación de los principios consiste en la subsunción de casos individuales en casos genéricos» (2005: 121). Para una crítica a la posibilidad de «correlacionar de manera unívoca determinados casos genéricos a sus condiciones normativas» puede verse Celano (2002) y Sauca (2009).

⁵² Sobre este contraste principialismo/garantismo en lo que se refiere a interpretación escribe Ferrajoli: «de un lado, la elección ponderada entre principios, del otro, la vieja interpretación sistemática del conjunto de las normas aplicables; de un lado, la idea de la concurrencia de muchas normas como conflicto, del otro, su configuración como concurso de normas; de un lado, la derogación de uno de los principios en conflicto,

Para la teoría garantista no hay, en realidad, un desacuerdo sobre cuál es el contenido de nuestros derechos. Tampoco tiene la necesidad de acudir a la ponderación –como sí lo hacen los principialistas- para superar los conflictos entre derechos –o entre diferentes interpretaciones de lo que nuestros derechos exigen, que es en cierta medida lo que está detrás de la ponderación-.

En su lugar, la inclusión de principios como normas superiores del ordenamiento jurídico hace que lo que en la arena política pueda ser visto como una lucha entre diferentes concepciones de lo justo, para los tribunales se convierta en una cuestión de aplicación de normas jurídicas que, en el caso del control de constitucionalidad, son «juicios sobre la invalidez de las leyes en contraste con los principios regulativos constitucionalmente establecidos, incluso en los casos en los que tales juicios, por la escasa determinación de los principios aplicados, resulten fuertemente opinables y controvertidos» (Ferrajoli, 2011d: 352).

Es cierto que Ferrajoli niega este cognitivismo jurídico y afirma que «de una misma norma, independientemente de sus posibles conflictos con otras, pueden ser determinadas interpretaciones distintas y a veces opuestas, como muestra el debate en cualquier proceso y las distintas orientaciones en la jurisprudencia y de la doctrina» (Ferrajoli, 2011d: 354), pero también es cierto que considera que esta discrecionalidad es la misma de la que se puede ser testigo en el derecho penal cuando se debe determinar si estamos en presencia o no de una circunstancia eximente de responsabilidad.

del otro, la aplicación de la norma especial, lógicamente prevalente, donde resulte más específica y pertinente respecto a la norma general» (2011d: 352).

El modelo ferrajoliano es, a pesar de los matices, un sistema en el cual los jueces se encargan de la verdad (procesal) y las asambleas de la representación política, ambas instituciones imperfectas, aunque en la primera su defecto (la discrecionalidad) es susceptible de ser reducido «cuando no [removido], mediante adecuadas garantías sustanciales y procesales» (Ferrajoli, 2011d: 359).

Es un modelo que comparte la *matriz iusconstitucionalista* pues coincide en la justificación dworkiniana del control de constitucionalidad basado en la expectativa de que los jueces –como foro de principios– tienen mayores probabilidades de acertar en la respuesta correcta al momento de decidir un caso. Pero la opción garantista tiene mayor fe en la capacidad de los jueces no ya de razonar con base en principios –y por lo tanto ponderar teniendo en cuenta las circunstancias propias de caso– sino de subsumir el hecho concreto en el supuesto de hecho de la norma constitucional. La discrecionalidad es reconstruida como «subsunción de la *juris-dictio*, es decir, de los juicios sobre la invalidez de las leyes en contraste con los principios regulativos constitucionalmente establecidos, incluso en los casos en los que tales juicios, por la escasa determinación de los principios aplicados, resulten fuertemente opinables y controvertidos» (Ferrajoli, 2011d: 352).

Si, en el plano de la teoría de la democracia, se pregunta por la justificación del establecimiento de una democracia sustancial en la que se otorgue a los jueces la custodia de los derechos fundamentales, la respuesta parecería venir por dos vías. La primera sería la defensa de los derechos fundamentales (como se verá más adelante) como traducción constitucional de los derechos vitales, como fragmentos de soberanía y como establecimiento de la ley del más débil frente a la ley del más fuerte. El segundo, es que, una vez justificada de esta manera la implementación de una democracia sustantiva, la tutela ejercida por

los jueces se vería respaldada por su capacidad de conocer el contenido de estos derechos a través de la subsunción.

Se presenta de nuevo la dificultad mencionada al inicio del apartado. El problema al que se enfrenta la posición garantista es el papel que le da esta corriente a la subsunción en la tarea de interpretación constitucional. Ferrajoli basa su confianza en los jueces en la naturaleza tendencialmente cognoscitiva de la jurisdicción en contraposición a la naturaleza discrecional del gobierno (quien recibe su legitimación, en la esfera pública, de «su adhesión a los intereses representados»), la que justifica el establecimiento de instituciones como la justicia constitucional. Tanto es así que «la naturaleza cognoscitiva de la jurisdicción sirve para configurarla, a diferencia de la legislación y de la administración, como *aplicación sustancial* [...], esto es, como *afirmación* de la ley», razón por la cual «la jurisdicción enlaza con la voluntad popular no menos que la legislación: porque es aplicación de aquella voluntad política que [...] se ha manifestado en las leyes y más todavía en la estipulación constitucional de los derechos fundamentales como velo de la ignorancia que les proporciona su carácter de reglas generales y abstractas» (Ferrajoli, 2011b: 209).

Esto muestra cómo el garantismo, al negar la colisión entre principios y el papel que en la solución de estas colisiones juega la ponderación, no sólo reduce a mínimos el problema que se presentaría a nivel de teoría de la democracia acerca del otorgamiento de poderes de revisión constitucional a los jueces, sino que termina por dar a los derechos fundamentales el lugar de la verdadera soberanía popular y, como consecuencia, ubica a los jueces constitucionales en su labor de intérpretes de los derechos constitucionales como la voz la del pueblo.

2.4. La pesadilla política y el noble sueño judicial

La tercera dificultad puede entenderse de mejor manera si se recurre a la tradicional distinción entre concepciones agregativas y concepciones deliberativas de la democracia. Según el modelo deliberativo de la democracia «los participantes en el proceso democrático ofrecen propuestas sobre la mejor manera de resolver problemas o satisfacer necesidades legítimas [...] y presentan argumentos a través de los cuales buscan persuadir a otros de aceptar sus propuestas» (Young, 2000: 22). Por el contrario, para el modelo agregativo de la democracia los procedimientos mayoritarios habilitados por los derechos políticos se limitan a la suma de preferencias de los votantes o de sus representantes. En este modelo, la política democrática es descrita como un proceso competitivo en el cual los partidos políticos y candidatos a cargos de representación ofrecen programas de políticas públicas y buscan satisfacer el más amplio número de preferencias políticas, logrando ser elegidos aquellos candidatos, partidos o coaliciones que atraigan un mayor número de electores (Young, 2000: 19).

Dado que se entiende la política democrática, según el modelo agregativo, como un proceso competitivo, en el que los diferentes actores (votantes, candidatos, partidos, etc.) actúan de manera estratégica, es natural que se entienda que el ejercicio de la política así concebida sea un riesgo constante para los derechos fundamentales. Basta que una mayoría, atendiendo sólo a sus intereses, considere los intereses y necesidades de las minorías como obstáculos para la satisfacción de sus preferencias, para que termine por atropellar los derechos fundamentales de la minoría. Y esto ocurre, si se asume una concepción agregativa de la democracia, no porque ésta funcione de manera defectuosa. Es precisamente al funcionar los procedimientos mayoritarios como se espera de ellos -al responder sólo a las preferencias de las mayorías- que éstos se convierten en una amenaza para la democracia.

Si los procedimientos mayoritarios «no son otra cosa que una competencia entre intereses privados y preferencias» (Young, 2000: 22), no es de extrañar la fuerte desconfianza mostrada por Ferrajoli frente a los procedimientos habilitados por los derechos-poder. A esto se suma su visión sobre los conflictos entre derechos y el ejercicio de las funciones jurisdiccionales. Si por un lado tiene una visión optimista frente a las capacidades cognitivas de los jueces, por el otro es sumamente pesimista frente a las capacidades políticas de los votantes y sus representantes.

Posiciones como la de Ferrajoli se acercarían bastante a lo que Zurn se refiere como la combinación de democracia mayoritaria y constitucionalismo minoritario, en donde «el principio de soberanía popular entendido como capacidad de agregar los intereses y deseos prepolíticos de los ciudadanos, [se combina] con el principio de límites constitucionales establecidos para proteger a individuos y minorías a la luz de presuntas verdades autoevidentes acerca de derechos» (2007: 222).

A diferencia del *constitucionalismo principialista*, que asume esta misma división de la política (ver apartado 1. de este mismo capítulo), el garantismo no ve en los jueces un foro caracterizado por la habilidad de los jueces de razonar en torno a principios. No es la superior capacidad de los jueces de descubrir respuestas correctas acerca de los problemas morales que implica el actuar político (a la manera del juez Hércules dworkiniano), sino la capacidad de aplicar de manera subsuntiva los preceptos legales establecidos por el propio derecho.

Su forma de entender el funcionamiento de las instituciones políticas mayoritarias se convierte en la otra cara de una moneda en la que, por un lado, se concibe una jurisdicción de naturaleza cognoscitiva dirigida a la subsunción

y, por el otro, un espacio político en el cual los ciudadanos y representantes hacen uso de sus derechos-poder con el único objetivo de perseguir sus intereses privados.

2.5. La soberanía popular en el constitucionalismo garantista

Como se había visto al momento de hablar de la confrontación forma/sustancia en el modelo de democracia sustantiva defendida por Ferrajoli, la democracia formal centra su defensa en la idea de autogobierno, «en el hecho de que las decisiones se adopten, directa o indirectamente, por sus mismos destinatarios, o, más exactamente, por su mayoría, de modo que sea expresión de la “voluntad” y la “soberanía popular”» (Ferrajoli, 2011b: 9).

En esta idea de autogobierno, autonomía o soberanía es en la que centra el garantismo sus más duras críticas. Pero antes de entrar en ellas, es oportuno estudiar la redefinición hecha por Ferrajoli del concepto de soberanía popular. En líneas generales, lo que afirma Ferrajoli es que la soberanía popular tiene dos caras, una negativa y otra positiva. En su sentido negativo la soberanía «equivale a una garantía negativa, es decir, a la prohibición para cualquiera de apropiarse de ella y usurparla: significa que la soberanía, al pertenecer al pueblo entero, que como se verá en su momento no existe como sujeto dotado de una voluntad unitaria, no pertenece a ningún otro y que ninguna persona individual o grupo de personas -monarca o parlamento, presidente elegido por el pueblo o asamblea representativa- puede “adueñarse de ella”, como escribió Benjamin Constant, para ejercerla contra alguno de sus miembros»⁵³. En su sentido positivo, la soberanía popular se identifica con los derechos

⁵³ Críticas similares sobre el abuso de la palabra pueblo para la justificación de la crítica mayoritaria puede verse en Eisgruber (2001), Kyritsis (2006) y Kumm (2007).

fundamentales, pues estos son «*fragmentos de soberanía popular* correspondientes a todos y a cada ciudadano», la soberanía popular «equivale a la suma de aquellos poderes y contrapoderes -los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales- que son los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos» (Ferrajoli, 2011b: 14).

Como se había mencionado, decir que el pueblo es soberano es, en la exposición hecha por Ferrajoli, decir que se respetan los derechos fundamentales de aquellos que conforman el pueblo, es decir, las personas, los ciudadanos o los capaces de obrar. El pueblo es soberano no porque asuma su propio gobierno a través de la participación como iguales en la comunidad política, sino porque sus derechos son respetados⁵⁴.

Las asambleas representativas no son pues, en el esquema presentado por el profesor italiano, el epicentro del ejercicio de la soberanía popular sino que, al contrario, se constituyen en un riesgo y amenaza para la misma, pues las mayorías que allí se conformen pueden atentar contra los *fragmentos de soberanía* que son los derechos fundamentales.

Se entiende entonces que para hacer de la soberanía algo real, es necesario establecer una garantía que vaya más allá de la prohibición de la «producción de normas que alteren o deroguen normas constitucionales», es decir, de las

⁵⁴ Compárese con la concepción de soberanía popular defendida por Habermas: «La idea de soberanía popular remite en su lectura procedimentalista a las condiciones sociales marco que posibilitan la autoorganización de una comunidad jurídica, pero que por su parte no están sin más a disposición de la voluntad de los ciudadanos» (1998: 378).

*garantías constitucionales primarias*⁵⁵, y se pase a las *garantías constitucionales secundarias*⁵⁶, esto es, al control judicial del cumplimiento de la constitución y de las expectativas negativas y positivas que significan los derechos sociales y de libertad. Los jueces se conciben entonces como guardianes de la soberanía y las mayorías parlamentarias como su amenaza. Para el garantismo, el paso de una democracia formal a una democracia sustancial tiene como consecuencia que «la soberanía deja de existir como *potestas legibus soluta* en manos de órganos o sujetos institucionales» (Ferrajoli, 2011c: 27), dado que reside en el pueblo o, más precisamente, se ve representada en los fragmentos de soberanía que son los derechos, y pasa a convertirse en límites a lo que las instituciones pueden o no hacer.

La protección de los derechos fundamentales se ve como algo separado de los procedimientos habilitados por los derechos políticos, es decir, de la política democrática ordinaria, y se depositan todas las esperanzas en los jueces, cuya labor, amparada en una «visión cognitivista de la interpretación donde el juez está llamado a constatar y, en muy escasa medida, a escoger, valorar o decidir» (Prieto Sanchís, 2013: 100), cumpliría la función de hacer realidad el ideal democrático de un pueblo soberano.

⁵⁵ Las *garantías constitucionales primarias* consisten «en la prohibición de la producción de normas que alteren o deroguen normas constitucionales, tanto si está condicionada como si no a la adopción del procedimiento agravado predispuesto para tal fin» (Ferrajoli, 2011b: 87).

⁵⁶ Las *garantías constitucionales secundarias* se refieren a «la obligación de anular las normas con rango de ley en contraste con las normas constitucionales sustanciales, así como de resolver los conflictos entre poderes generados por el desbordamiento más allá de los límites a ellos adscritos por las normas constitucionales formales sobre sus competencias» (Ferrajoli, 2011b: 87).

Los derechos como fragmentos de soberanía y como ley del más débil -en contraste con el estado de naturaleza y la ley del más fuerte- exigen el establecimiento de procedimientos de tutelaje. Para Ferrajoli, «si queremos que los sujetos más débiles física, política, social o económicamente sean tutelados frente a las leyes de los más fuertes, es preciso sustraer su vida, su libertad y su supervivencia, tanto a la disponibilidad privada como a la de los poderes públicos, formulándolos como derechos en forma rígida y universal» (Ferrajoli, 2001b: 362). Toda defensa de los intereses legítimos de los más débiles se centra en la sustracción del debate público de los temas que les afecten y en la necesidad de trasladar la capacidad de decisión a los jueces.

Esta solución, sin embargo, no deja de ser sorprendente. Los más débiles sufren de esta situación debido a que se encuentran social y políticamente excluidos (dado que sus necesidades y legítimos intereses no son tenidos en cuenta en los lugares de deliberación y toma de decisión públicos y sus derechos son por esta razón violados). No se entiende cómo puede ser superada esta situación simplemente apelando a la protección paternalísticamente otorgada a través de mecanismos de los cuales no se tiene, en principio, razones para considerarlos más sensibles a las exigencias de los más débiles. Dado que la concepción de la democracia defendida por Ferrajoli se basa en la consideración de un funcionamiento meramente agregativo de las instancias de participación, no extraña que no dedique un lugar importante en su teoría a la inclusión de los más débiles en los procesos de deliberación y decisión públicos, y apele por el contrario la sustracción de los temas para ellos más vitales, de la escena política.

La redefinición de la soberanía popular hecha por Ferrajoli y su defensa de los derechos de los más débiles se ven afectadas por una fuerte desconfianza hacia las formas democrático-representativas y termina por esto apoyándose en

posiciones paternalistas. Como afirma Habermas, «[l]os derechos negativos de libertad y los derechos sociales pueden [...] venir otorgados en términos paternalistas» (1998: 143), negándosele a sus destinatarios la posibilidad de ser ellos mismos los que determinen la configuración de estos derechos. El modelo de democracia sustantiva defendida por Ferrajoli corre el riesgo, al reducir la idea de participación política a un mero ejercicio de facultades discrecionales orientadas a la satisfacción de preferencias, de convertir la democracia en una mera «agregación de intereses particulares prepolíticos» acompañada por un «goce pasivo de derechos paternalísticamente otorgados» (Habermas, 1998: 634)⁵⁷.

⁵⁷ Estas últimas citas vienen referidas a la necesidad de mantener una relación fluida entre los procedimientos democráticos y una opinión pública alimentada por una cultura liberal e igualitaria. Sin embargo, creo que expresan bien los riesgos de despolitización que están implícitos en la propuesta del constitucionalismo garantista.

Capítulo II. Crítica procedimentalista al control de constitucionalidad: procedimientos y legitimidad democrática.

Las tesis *iusconstitucionalista* y su defensa de la primacía de los derechos de autonomía privada (así como del correspondiente modelo de Estado constitucional de derecho) ha sido fuertemente criticada por el *constitucionalismo político*. Estos *procedimentalistas* (defensores de la constitución como proceso) han aplicado un modelo de análisis similar al del *iusconstitucionalismo* al establecer jerarquías entre derechos y otorgar la preeminencia a los derechos de participación política. El presente capítulo analiza la crítica procedimentalista elevada por Jeremy Waldron y Richard Bellamy, así como su propuesta de democracia representativa como único modelo capaz de desarrollar el *derecho de los derechos*: la igual participación.

1. *Regla de la mayoría y principio de igual participación: Jeremy Waldron y la justificación procedimental de la democracia*

En el **Capítulo I** se estudió la corriente denominada *constitucionalismo jurídico* integrada autores tan diversos como Luigi Ferrajoli, Ronald Dworkin y Robert Alexy. Estos defienden, de diferentes maneras, una concepción de la democracia que asume la prevalencia de los derechos vinculados a la autonomía privada (los derechos civiles y sociales) y entiende que los derechos políticos se encuentran subordinados a los primeros (que establecen los límites de lo que está permitido decidir a través del ejercicio de los segundos).

Desde hace ya varias décadas se ha venido estudiando la llamada objeción democrática o dificultad contramayoritaria⁵⁸, defendida precisamente por quienes han adoptado una concepción procedimental de la democracia, basada en el principio de igual participación y que se ha mostrado como una opción al *iusconstitucionalismo* hoy imperante en la academia.

El presente apartado tiene como objeto el estudio de la respuesta del *constitucionalismo político* o *procedimentalista* a los argumentos presentados por el

⁵⁸ El debate (al menos en la academia norteamericana) inicia con *The least dangerous branch*, libro en el que Alexandre Bickel afirma en el apartado titulado *La dificultad contramayoritaria* que «[e]l problema de raíz es que la revisión judicial es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema» (1962: 16). Ya para finales de la década de los 80 el problema contramayoritario era considerado «paradigma dominante en el derecho constitucional» (Chemerinsky, 1989: 61) y Friedman, en 1998, titulaba la introducción a *History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One, La obsesión contramayoritaria* (334). En la academia de habla hispana son las obras de Gargarella (1996), Nino (1997) y Ferreres Comella (1997) las que dieron impulso al debate sobre la justificación del control de constitucionalidad de las leyes.

constitucionalismo jurídico en defensa del control de constitucionalidad. Los *procedimentalistas* afirman, primero, que el *iusconstitucionalismo* hace un incorrecto planteamiento del problema al no distinguir entre una teoría de la autoridad y una teoría de la justicia. Segundo, que asumen una concepción de la política en la que se ve al ciudadano como un actor exclusivamente egoísta y al que contraponen un juez inspirado por los principios. En tercer y último lugar critican las virtudes que, según los constitucionalistas, poseen los jueces al momento de decidir casos constitucionales.

1.1. Desacuerdos y el problema de la autoridad (o quién debe decidir en las circunstancias de la política)

Los críticos procedimentalistas del control de constitucionalidad, en especial Jeremy Waldron, han insistido de manera reiterada en el problema de la autoridad. En la introducción a *Law and Disagreement*, dice Waldron que aquellos que se dedican a la filosofía política deben ocuparse de, por lo menos, dos tareas: «(i) teorizar sobre la justicia (y sobre los derechos y el bien común, etc.), y (ii) teorizar sobre la política» (1999: 3). Es precisamente una teoría de la política (o de la autoridad) la que permitiría evaluar, desde un punto de vista democrático, la pertinencia del establecimiento de cortes y tribunales constitucionales como foros legítimos para la toma de decisiones acerca de principios. Esto es así pues una teoría de la autoridad permite determinar quién y cómo decidir, cuestiones que, según el procedimentalismo, deben ser resueltas de manera previa a las atinentes al qué se debe decidir.

Pero antes de centrarnos en el problema de la autoridad debemos tener en cuenta un presupuesto clave para los procedimentalistas: las *circunstancias de la política*. Una teoría de la autoridad es necesaria cuando nos encontramos en medio de las circunstancias de la política. Podemos decir que estas últimas se dan cuando se reúnen dos elementos: (i) la necesidad de tomar decisiones

colectivas y (ii) la existencia de desacuerdos acerca de cuál debe ser la decisión a tomar (Waldron, 1999a: 102).

Es natural que en sociedades plurales como las actuales se encuentren grupos de personas que defienden diferentes posiciones acerca de cuáles son los fines que deben seguirse como sociedad, cuáles son los derechos de los que son titulares todos los ciudadanos y cuáles son las medidas adecuadas para alcanzar los primeros y proteger los segundos. Una teoría de la autoridad, a diferencia de una teoría de la justicia, debe establecer cuál de las respuestas dadas por los diferentes grupos debe contar como la respuesta definitiva, es decir, «debe identificar alguna opinión como la opinión que debe prevalecer» (Waldron, 1999a: 245).

De manera resumida, podemos decir que lo que pone de presente tanto el problema de la autoridad como las circunstancias de la política es (i) la necesidad de tomar decisiones colectivas (incluso acerca de nuestros derechos); (ii) la existencia de desacuerdos sobre cuáles medidas se deben adoptar; (iii) la necesidad de una teoría que responda a la pregunta de cuál es el procedimiento adecuado para tomar decisiones en medio de las circunstancias de la política.

El planteamiento *iusconstitucionalista*, estudiado en el **Capítulo I**, tiene claro que una teoría de la autoridad es necesaria en las circunstancias de la política, pero parecen querer reducir este campo sólo a las políticas, dejando de lado los principios⁵⁹. Cuando son principios (derechos fundamentales) los que están en

⁵⁹ Sobre la distinción entre principios y políticas, así como los jueces como guardianes de los principios vid. Dworkin, 1977: 82 y ss. y 1985: 69 y ss.. Ferrajoli, por su parte, entiende que el espacio no protegido por los derechos fundamentales es precisamente el espacio de la democracia política en donde se encontraría la esfera de lo decidible,

juego, ya no habría nada que discutir pues éstos determinan precisamente aquello que está sustraído «a cualquier poder, sea público o privado» (Ferrajoli, 2011a: 25).

Antes de continuar es preciso dejar constancia de una oportuna aclaración hecha por Waldron acerca de la figura constitucionalista de los *derechos como cartas de triunfo* o de las *esferas de lo indecible*⁶⁰. Dice el autor neozelandés que no es lo mismo decir (a) que los derechos funcionan como protección de los individuos (triunfan) frente a los intereses de las mayorías y (b) que los derechos son barreras o triunfos frente a cualquier decisión de las mayorías⁶¹. La primera afirmación es propia de cualquier teoría de los derechos, la segunda es una tesis que no tiene en cuenta ni las circunstancias de la política, ni la teoría de la autoridad.

Sólo si suponemos que cada ciudadano (o la mayoría de ciudadanos) actuará teniendo en cuenta únicamente sus intereses, podemos decir que ambas afirmaciones dicen lo mismo –esto es, si se asume una visión benthamita de la

«dentro de la cual es legítimo el ejercicio de los derechos secundarios, instrumentales o de autonomía: de la autonomía política, habitualmente mediada por la representación política, en la producción de las decisiones legislativas y de gobierno [...]» (Ferrajoli, 2011a: 22).

⁶⁰ Creo que *los márgenes de acción* propuestos por Alexy merecerían un estudio aparte. Cuando se analizó la tesis alexiana pudo verse cómo se alejaba de la posición de Dworkin en lo que se refiere a la distinción entre políticas y principios. Para el profesor alemán los derechos no funcionarían como cartas de triunfo, sino como elementos a ponderar frente a las políticas o bienes colectivos.

⁶¹ Esta es la tesis que defiende en *Rights and Majorities: Rousseau Revisited* (Waldron, 1990).

democracia-⁶². Si, por el contrario, consideramos que los ciudadanos al participar en política están dando su opinión sobre aquello que exige el interés general en un determinado caso –si se asume una visión rousseauniana de la democracia-, cada afirmación tendría un significado preciso⁶³.

En la primera afirmación se estaría diciendo que «existen límites sobre aquello que puede ser justificado», pues los derechos implican que «determinadas pérdidas y daños simplemente no pueden ser impuestos a ningún individuo o grupo por ninguna razón» (Waldron, 1990: 52). Esto último sería verdad para cualquiera que sea la persona o grupo de personas que debe tomar una decisión que valga como decisión de todos y se integra dentro de una teoría de la justicia basada en derechos⁶⁴.

⁶² La distinción entre las visiones rousseaunianas y benthamitas de la política es presentada por Waldron en el mencionado *Rights and Majorities* (Waldron, 1990) y ha sido estudiada en relación con las concepciones agregativas y deliberativas de la democracia en el apartado 1.1.4.1 del **Capítulo I**.

⁶³ Esta última es la asumida por Waldron: «La idea de derechos está basada en la consideración de cada ser humano como un ser pensante, dotado con una habilidad de deliberar sobre asuntos morales, de ver las cosas desde el punto de vista de otros y capaz de trascender las preocupaciones relacionadas con sus intereses particulares o de grupo» (1999a: 250).

⁶⁴ Una teoría basada en derechos (*right-based theorie*) es aquella que considera que los objetivos sociales promovidos por dicha teoría no estarían justificados si las medidas tomadas para conseguir dichos objetivos violaran alguno o algunos derechos considerados primordiales. Por su parte, una teoría basada en deberes (*duty-based theorie*) considera que está justificado imponer deberes a ciertas personas incluso si esto no satisface la consecución de ningún fin, ni busca la protección de ningún derecho. Por último, una teoría basada en objetivos o fines (*goal-based theorie*) es aquella que

La segunda afirmación presenta más problemas. Para comenzar, supone que los individuos que participan en el proceso político toman sus decisiones basados únicamente en sus intereses: «en una democracia benthamita los votos individuales no representan más que satisfacciones individuales; no representan en ninguna medida el balance adecuado que se debe dar entre el individuo y la sociedad» (Waldron, 1990: 59). Dado que actúan de esta manera, son incapaces de tener en cuenta –o corren el constante riesgo de ignorar– los derechos de las minorías⁶⁵.

Para que los derechos se constituyan como verdaderas barreras a las decisiones de las mayorías –afirman los *iusconstitucionalistas*– se deben entonces sustraer aquellas decisiones que afecten dichos derechos al poder de decisión de éstas. Como se alcanza a ver, hay una diferencia sustancial entre una tesis y otra. No sólo afirman cosas distintas, sino que la primera es una tesis que se integra dentro de una teoría de la justicia y la segunda en realidad pretende

considera que una medida está justificada siempre que este encaminada a producir un determinado estado de cosas considerado como deseado por la teoría. Sobre la distinción entre estos tres tipos de teorías de la justicia ver Dworkin, 1977: 169 y ss..

⁶⁵ Para críticas a la visión benthamita de la política –además del artículo de Waldron ya citado – ver Hills, 2002; Tushnet; 2002; Bellamy, 2007: 35. Esta división entre concepciones benthamita y rousseauniana de la democracia se corresponde con la distinción hecha por Zurn (2002) entre la noción lockeana de la democracia (entendida como agregación de preferencias relativas a intereses personales) y la rousseauniana (entendida como búsqueda del interés general). Debe tenerse en cuenta que Zurn busca acentuar el carácter deliberativo-procedimental de la concepción rousseauniana en contraste con los rasgos sustantivos que presentaría la propuesta de Locke y su idea de límites a la legislación (Zurn, 2002: 476; Locke, 1988: 355-363 (Segundo Tratado, 134-142))

decirnos no sólo *cómo* debe decidir quién está habilitado para hacerlo, sino también *quién* debe decidir. Es, por lo tanto, una teoría de la autoridad que propone asignar el poder de decisión a una institución diferente a los ciudadanos o sus representantes basados en una concepción de la política en la que se supone que unos y otros deciden basados exclusivamente en sus intereses, incapaces de tener en cuenta la posición de las minorías y los derechos que las protegen.

En una concepción como la descrita, los derechos funcionan como límites externos que deben ser impuestos a las mayorías por parte de instituciones conformadas por personas capaces de decidir teniendo en cuenta en su argumentación los principios. Se contrapone así a unas mayorías egoístas e inspiradas únicamente por sus intereses, unos jueces –el *foro de principio* dworkiniano- inspirados por los derechos fundamentales y que se convierten en sus principales defensores.

Lo dicho en los párrafos anteriores se complica aún más si se dice, como hace Ferrajoli, que los derechos fundamentales son límites al poder de decisión no sólo de las mayorías, sino de cualquier poder. Bayón ha criticado con razón esta afirmación⁶⁶. El problema de la autoridad *tiene* que ser resuelto de alguna

⁶⁶ Dice Bayón: «es imposible que los derechos estén sustraídos “a cualquier poder de decisión”, así que el constitucionalismo no es más que un diseño institucional que los encomienda a poderes de decisión distintos del de la mayoría» (2004: 92). También Dahl, ya en 1989 (edición en español de 1992), había planteado la cuestión de manera similar al entender que los problemas que implicaba la posible contradicción entre procedimientos y «derechos e intereses fundamentales» debía ser entendida o bien como «entre un derecho o interés y otro derecho o interés que es uno de los fundamentales que posee un ser humano, un derecho tan básico que ha sido calificado

manera si nos encontramos en medio de las circunstancias de la política, y si decir que las mayorías son las llamadas a decidir *siempre que no se violen derechos fundamentales*, es ya una aseveración cargada de problemas⁶⁷, la tesis de Ferrajoli se hace aún más ininteligible. *Alguien* tiene que decidir, si no son las mayorías o sus representantes, pues tendrán que ser *otros* u *otro* (las minorías, los jueces, el presidente, etc.).

La propuesta ferrajoliana no es una tesis de la autoridad velada (como sí podría ser en el caso de Dworkin o Alexy) sino la total exclusión del problema de quién debe decidir. Tomada de manera literal no serviría para justificar ni el poder de decisión de la mayoría, ni el de los jueces, ni el de ninguna persona o institución imaginable. Supondría que la sola proclamación de derechos aseguraría su protección sin la necesidad de mediación humana alguna.

Pero Ferrajoli, a pesar de sus propias palabras, es consciente de la necesidad de entregar el poder de decisión a alguna institución y coincide -como vimos en el capítulo anterior- con sus compañeros iusconstitucionalistas en la necesidad de que sean los jueces y no las mayorías quienes tengan la última palabra.

1.2. Desacuerdos y toma de decisiones

de inalienable: el derecho de las personas a autogobernarse» (Dahl, 1992: 230) o bien como la elección entre procesos contrapuestos. En un sentido similar vid. Pintore, 2001: 263-264.

⁶⁷ La dificultad es que esta restricción (*siempre que no se violen derechos fundamentales*) no hace más que volver a plantear el problema que pretendía resolver. Si no estamos de acuerdo en cuál es el contenido de los derechos fundamentales y precisamente por ello adoptamos un procedimiento como el mayoritario para superar el desacuerdo, no tiene sentido decir que la decisión vale sólo si los derechos fundamentales (precisamente el objeto de discusión) no son violados (Waldron 1999a: 245-246).

Debemos pasar ahora a las propuestas acerca de los procedimientos adecuados para tomar decisiones colectivas. A pesar de la insistencia en los riesgos que suponen las mayorías, los constitucionalistas no son del todo coherentes al proponer mecanismos de decisión.

Podemos pensar en tres momentos claves en los que tomamos decisiones acerca de (o que pueden afectar a) nuestros derechos: (a) el momento constituyente; (b) el momento de reforma constitucional y (c) el momento en que se deben precisar los contornos de los derechos establecidos en la constitución.

Dado que cada uno de estos casos se toman decisiones de gran importancia acerca de nuestros derechos, se esperaría que los constitucionalistas propusieran mecanismos similares de decisión. Esto, sin embargo, no es así.

Para el primer caso, en el momento constituyente -en el que se debe decidir cuáles derechos constituirán la barrera que servirá de límite a las decisiones de las mayorías-, consideran los constitucionalistas que un método adecuado es el mayoritario⁶⁸.

⁶⁸ De hecho, todas las constituciones que sirven de inspiración a los constitucionalistas estudiados (la norteamericana, la italiana y la alemana) fueron aprobadas por las asambleas tan temidas por los defensores del control de constitucionalidad. En el caso de Dworkin es interesante su opinión acerca de quién debe decidir qué derechos incluir en una constitución: «Al parecer hay una sola manera a través de la cual una sociedad que aspira a ser democrática debe decidir cuáles principios abstractos o derechos incluir en su constitución. Lo debería hacer por referéndum popular» (1995: 10). Esta contradicción es criticada por Bayón (2004: 88) y por Zurn (2007: 122).

En cuanto a la reforma de la constitución hay posiciones encontradas. Hay quienes consideran –no siempre de manera clara- que debe seguirse también el procedimiento mayoritario⁶⁹. Otros teóricos, por el contrario, creen que los derechos, una vez reconocidos, quedan por fuera del margen de decisión de las mayorías al momento de reformar la constitución (Bernal Pulido, 2013; Ramírez Cleves, 2003 y, al parecer, Rawls, 1993: 239).

En cuanto a la determinación de los límites que imponen los derechos, los *constitucionalistas jurídicos* consideran que el mejor procedimiento es aquel que combina la decisión por mayoría del órgano representativo con la revisión de las leyes por jueces independientes que deben contrastar su contenido con la carta de derechos establecida por la constitución (ver **Capítulo I**).

Lo contradictorio de esta posición es el hecho de considerar que la decisión mayoritaria –asumiendo de nuevo la visión benthamita de la democracia- es la

⁶⁹ Dworkin, al hablar de las modificaciones necesarias en el sistema político norteamericano, en ningún momento se plantea la inconstitucionalidad de los cambios. Incluso, a pesar de considerar arbitrarios los mecanismos de elección de presidente, no cree que estos sean contrarios a la constitución (2011: 395). En el caso de Ferrajoli, como vimos en el apartado 1.2. del **Capítulo I**, hay cierta ambigüedad en su posición y no está claro si existen límites a la reforma constitucional *en cualquier caso*. En cuanto a Alexy, su posición está determinada por el contexto del sistema constitucional alemán y la existencia de cláusulas de intangibilidad (1993: 505). En caso de que no sean contrarios a la reforma constitucional no dejaría de tener razón Bayón al afirmar que «[n]o estaría a la altura de las pretensiones teóricas de quienes insisten en que los derechos han de estar sustraídos a la disponibilidad de la política concluir que son “triumfos frente a la mayoría” de la mitad más uno, pero no frente a la mayoría de los tres quintos o los dos tercios, o que “la esfera de lo indecible” es en realidad la de lo indecible por mayoría simple pero decidible por mayoría cualificada» (2004: 89).

expresión de las opiniones de individuos incapaces de tener en cuenta los intereses de los demás miembros de la comunidad y que responden únicamente a sus propias expectativas y necesidades, pero encuentran completamente conveniente que estos mismos individuos determinen qué derechos deben ser consagrados en las constituciones y qué modificaciones pueden sufrir las mismas. Es en definitiva contradictorio asumir una visión completamente pesimista a la hora de juzgar la capacidad de las mayorías de definir cuál es el alcance de nuestros derechos cuando han sido esas mismas mayorías las que los han consagrado y elevado a texto constitucional en primer lugar.

1.3. Imposibilidad de un «estándar orientado a los resultados»

¿Cómo debemos entonces tomar decisiones colectivas sobre nuestros derechos y su contenido? La posición iusconstitucionalista ha sido la de defender un esquema instrumentalista en el que los procedimientos son valorados únicamente como medios para la satisfacción de un fin determinado que, en este caso, sería la obtención de respuestas correctas acerca de las medidas que mejor protejan nuestros derechos (y la democracia)⁷⁰.

⁷⁰ Al respecto dice Dworkin: «No veo otra alternativa diferente a usar un estándar orientado a los resultados en lugar de uno orientado a los procedimientos [...]. La mejor estructura institucional es aquella mejor calculada para producir la mejor respuesta a la pregunta esencialmente moral de cuáles son en realidad las condiciones de la democracia, y asegurar el cumplimiento estable de dichas condiciones» (1996a: 34). La posición de Dworkin debe ser matizada por el hecho de que los resultados que deben producir los procedimientos incluyen tanto las *consecuencias distributivas* como las *consecuencias participativas* (Dworkin, 2000: 186-188), es decir, este estándar orientado a los resultados debe tener en cuenta también la realización del principio de igual participación.

Esta justificación del control de constitucionalidad orientada a los resultados (*result-driven standard*) se contrapone a la propuesta de un estándar orientado a los procedimientos (*procedure-driven standard*) planteada por procedimentalistas como Waldron o Bellamy. La objeción de los segundos, tal como lo expresa Bellamy (2007: 93), consiste precisamente en que no es posible justificar el control de constitucionalidad de las leyes arguyendo que éste hará más probable la toma de decisiones *correctas*, pues precisamente lo que se discute es cuál es esa respuesta correcta⁷¹.

En otras palabras, la defensa de un instrumentalismo de los derechos presupone el hecho de que estamos en posesión de la verdad acerca de cuáles

También Ferrajoli se refiere a esta distinción instrumentalismo/sustantivismo al contraponer los derechos de autonomía –como derechos formales o instrumentales- a los derechos de libertad y derechos sociales –como derechos sustanciales o finales- y las respectivas dimensiones de la democracia como democracia instrumental o formal frente a la democracia sustancial. En el modelo garantista los derechos-fin establecen «el horizonte axiológico asignado al conjunto de poderes [...] constituidos por los derechos-medios». En el modelo ferrajoliano, los derechos de autonomía son «instrumento para finalidades externas» o medios para la «consecución de los fines jurídicos, sea económicos o políticos» (Ferrajoli, 2011b: 19-21). A diferencia de Dworkin (y de otros instrumentalistas como Bayón, 2004; Christiano, 1996, 2008; Kavanagh 2003, 2009; entre otros), Ferrajoli no les asigna ningún valor intrínseco a los derechos de participación (autonomía, secundarios o derechos-medio).

⁷¹ Waldron, por su parte, afirma que «[a] pesar de que creo que no hay nada *intrínsecamente* reprochable en el instrumentalismo o consecuencialismo de los derechos, éste enfrentaría la dificultad de que dicho instrumentalismo presupone que poseemos la verdad acerca de los derechos al momento de diseñar un procedimiento con autoridad cuyo objetivo es resolver este mismo asunto» (1999a: 252-253).

son nuestros derechos y cuál es su contenido. El diseño de instituciones que *con mayor probabilidad lleven a la verdad sobre nuestros derechos* llevaría precisamente a elegir aquellas instituciones y procedimientos que con mayor probabilidad preserven la teoría de la justicia preferida por quien hace el diseño (Waldron, 1999a: 253)⁷². En este sentido, una teoría instrumental de los derechos no se toma en serio los desacuerdos existentes en toda sociedad democrática.

Si este instrumentalismo defendido por los constitucionalistas no sirve como fundamento para determinar los procedimientos justos desde un punto de vista democrático, ¿cómo podemos establecer cuáles procedimientos son legítimos y cuáles no? La clave para solucionar este problema la hallan los procedimentalistas en el derecho de participación política:

Las personas están en desacuerdo acerca de los derechos, también están en desacuerdo acerca de la mejor manera de razonar sobre derechos, así que no pueden seguir colectivamente la instrucción “Concedan la autoridad de resolver los desacuerdos a aquellas personas y procedimientos que más probablemente lleven a la respuesta correcta” sin incurrir en una petición de principio.

⁷² Este punto es defendido por Michael Walzer en *Philosophy and democracy* (1981). Para Walzer, el común apoyo de teóricos y filósofos a una institución como la justicia constitucional, se debe a la mayor influencia que pueden tener estos en las decisiones de los jueces que integran los tribunales constitucionales. Mientras que en la arena política «la verdad de los filósofos se convierte fácilmente en un conjunto más de opiniones puesto a prueba, discutido, asumido en parte, repudiado en parte o ignorado», en los tribunales los jueces pueden más fácilmente estar inclinados a «darle al filósofo un trato diferente», pues «[s]u papel especial en la comunidad democrática está conectado [...] con su capacidad de reflexión y la capacidad de reflexión es una postura filosófica» (Walzer, 1981: 390).

De esto se sigue [...] que la teoría que rechaza el instrumentalismo de los derechos y que mantiene en su lugar que los titulares de derechos tienen el derecho de resolver los desacuerdos acerca de cuáles derechos comparten en iguales términos, es la única teoría de la autoridad basada en derechos plausible (Waldron, 1999: 254).

Esto agrega dos elementos más a la crítica procedimentalista: (iv) no es posible responder a la pregunta de un procedimiento justo basándose en los resultados esperados del procedimiento propuesto, pues es precisamente acerca de estos resultados sobre lo que diferimos (Waldron, 1999a: 248-249 ; Bellamy, 2007: 93) y (v) el único procedimiento legítimo en términos democráticos es aquel que reconoce a cada titular de derechos la potestad de determinar, junto con los demás titulares y en igualdad de términos, cuáles son nuestros derechos y cuál su contenido.

La consecuencia directa de (iv), consideran los procedimentalistas, es que la manera correcta de determinar un procedimiento justo es aquella en la cual se tenga en cuenta exclusivamente el valor del procedimiento, es decir, un procedimiento justo no puede ser aquel que lleve a soluciones justas -pues existe un desacuerdo sobre cuáles soluciones son justas-, sino aquel que por sí mismo desarrolle algún valor.

Es aquí donde entra en el debate el principio de igual participación (v). En una comunidad política en la que se tome en serio la igualdad de los ciudadanos, las decisiones colectivas sólo pueden ser tomadas a través de procedimientos que le permitan a cada uno de los sujetos que se debe someter a esas mismas medidas una participación igual a la de los demás. Para dar igual

peso a cada uno de los destinatarios de la futura decisión el proceso elegido no puede ser otro que el de la regla de la mayoría⁷³.

Un procedimiento como el descrito, alegan los procedimentalistas, tiene valor en sí mismo (un valor intrínseco), pues desarrolla directamente el principio de igual participación. Esto lo diferencia del control de constitucionalidad que en sí mismo no desarrolla ningún valor y sólo puede ser justificado en cuanto instrumento para hacer realidad otros valores (los derechos fundamentales), por lo que se dice que tiene un valor instrumental (Waldron, 1999a: 252-254; Bayón, 2004: 94; Ferreres Comella, 2010: 490 y ss.)⁷⁴.

1.4. ¿Foro de principios?

Existe otra posibilidad para quienes se apoyan en teorías instrumentalistas. En lugar de afirmar que se debe elegir el sistema institucional que con mayor probabilidad lleve a las respuestas correctas previamente conocidas por quien

⁷³ Las decisiones tomadas por asambleas de representantes a través de la regla de la mayoría respetan la diferencia de opiniones de los ciudadanos y dan igual peso a cada uno en la decisión (Waldron, 1999: 109).

⁷⁴ Bayón propone precisamente tener en cuenta tanto el valor intrínseco del proceso democrático como el (eventual) valor instrumental del control de constitucionalidad al plantear su defensa contextual del control de constitucionalidad (2004). El procedimentalismo moderado de Christiano va por un camino similar y también reconoce un valor instrumental al control de constitucionalidad sin dejar de tener en cuenta el valor intrínseco del proceso democrático (2008: Cp. 7). Por su lado, Linares (2013), pone en cuestión la misma contraposición intrínseco/instrumental, proponiendo en su lugar la de intrínseco/extrínseco. También Harel (2014) ataca la posición procedimentalista al afirmar el valor intrínseco del control de constitucionalidad, al hacer éste realidad el *derecho a ser oído*.

hace el diseño, es posible optar por un *instrumentalismo modesto* en el que se deben elegir aquellos «procedimientos políticos que con mayor probabilidad lleven a la verdad acerca de los derechos, *cualquiera* resulte ser esta verdad» (Waldron, 1999a: 253).

Lo que podemos esperar de la justicia constitucional -dice un defensor de instrumentalismo moderado-:

no es que los jueces vayan a acertar siempre en sus decisiones frente al legislador, ni siquiera que vayan a acertar muy a menudo. Tanto el legislador como los jueces constitucionales son instituciones falibles, y pueden errar en muchas ocasiones en que están en juego derechos fundamentales. [...] Lo que importa es que, a pesar de sus limitaciones, la justicia constitucional es menos imperfecta que los legisladores en este campo. Como dice Dworkin, los tribunales pueden ser ese “foro de los principios” donde los valores constitucionales se interpretan y elaboran a lo largo del tiempo con un mayor rigor que el que cabe esperar de una asamblea legislativa (Ferrerres Comella, 2010: 500).

En esta segunda propuesta, el instrumentalista de los derechos no necesita saber la verdad acerca de los derechos al momento de elegir los procedimientos idóneos, sino que elige un procedimiento por el valor epistémico que éste pueda tener, por el «mayor rigor» que podemos esperar de los jueces si los comparamos con «una asamblea legislativa» o por estar mejor posicionados para decidir teniendo como fundamento los derechos de todos. Sobre esta base se han dado algunos argumentos que los procedimentalistas no han tardado en criticar⁷⁵.

⁷⁵ Este tipo de instrumentalismo busca evitar la crítica elevada por Waldron según la cual el intento de atrincherar ciertas concepciones de los derechos fundamentales como límite a los poderes de las mayorías, sería en verdad un esfuerzo del filósofo político

El primero de ellos pone el acento en la independencia de los jueces. Si el problema de las asambleas representativas es que actúan bajo la presión de grupos (económicos o de electores), el valor de la justicia constitucional es precisamente su independencia⁷⁶. Las presiones que reciben los representantes – en la visión benthamita de la política que asumen los iusconstitucionalistas – están orientadas a la satisfacción de intereses personales y no tienen en cuenta las necesidades, derechos o intereses de los demás miembros de la comunidad política.

Los jueces, por el contrario, se hallarían en una posición privilegiada. Al estar aislados de las presiones políticas y económicas se encuentran en una situación que les permitiría resolver los conflictos basándose en los principios constitucionales. Esta es, básicamente, la idea expresada por Dworkin de la justicia constitucional como foro de principio (Dworkin, 1977: 85; 1985: 69 y ss.).

por proteger, no la democracia, sino «las partes esenciales de su teoría de la justicia o teoría de los derechos humanos favorita» (2008: 698). A pesar de ser menos exigente que el instrumentalismo a secas, debido a su alejamiento de contenidos concretos al centrarse en procedimientos que hagan más probable la elección de respuestas correctas (sin establecer previamente cuáles son estas), siguen pesando sobre este planteamiento las palabras de Walzer (1981) sobre la afinidad existente entre filósofos y jueces (ver nota 72).

⁷⁶ Recordemos que para Dworkin los «dos mayores fundamentos de la justificación política» son los principios y las políticas. La independencia permitiría a los jueces razonar con base en principios, mientras que la dependencia propia de las asambleas las haría idóneas para desarrollar políticas (1977: 81 y ss.). Puede también verse Kumm, (2012: 203) y Eisgruber (2001: 71-74).

Los problemas que podemos encontrar en esta propuesta son básicamente dos: (a) la visión benthamita de la política y (b) los límites de la independencia judicial. El primero se deriva de lo ya expuesto en los apartados anteriores; no parece ser correcto –además de ser en cierta medida contradictorio– ver a los miembros de las mayorías como individuos exclusivamente auto-interesados e incapaces de tener en cuenta los derechos de los demás.

A los argumentos ya expuestos podemos agregar una aclaración más. No sólo no es cierto que los ciudadanos siempre actúen basados en sus propios intereses, sino que el hecho de que lo hagan no necesariamente se debe considerar como una desventaja del sistema representativo, aun si lo que se debate es un asunto en el que se deban tener en cuenta nuestros derechos y no sólo nuestros intereses. Dejaremos por un momento este problema pues se relaciona con la segunda de las preguntas que plantea el argumento de la independencia judicial.

En lo que se refiere al segundo argumento, podríamos hacernos dos preguntas: ¿es real la independencia judicial, tal como la describen los constitucionalistas?⁷⁷, y ¿es deseable que tomen las decisiones propias de un control de constitucionalidad quienes se encuentran aislados de las presiones ciudadanas?

1.5. Independencia judicial

Si tomáramos como ejemplo la Corte Suprema de los Estados Unidos, el Tribunal Constitucional español o la Corte Constitucional colombiana, sería

⁷⁷ Para el caso norteamericano ver Tushnet (1999: 152 y ss.) y Epstein y Segal (2005: 26 y ss.), en donde se pone en duda la independencia de los jueces. Para el caso colombiano ver Rubiano Galvis (2009), Lamprea (2010), Montoya (2013).

difícil afirmar con tanta vehemencia la independencia de la justicia constitucional. Tal como lo afirma Tushnet –al hablar del caso norteamericano- la política de nominaciones es, al fin y al cabo, política (1999: 152). La forma en que se eligen los miembros de los tribunales mencionados hace que sus convicciones políticas –y no sólo su prestigio como juristas- jueguen un papel vital al momento de su elección⁷⁸.

En palabras de Robert Dahl -en su ya clásico ensayo de 1957- sería de alguna manera «ingenuo suponer que una Corte cuyos miembros son elegidos tal como son elegidos los jueces de la Corte Suprema, mantendría de manera prolongada el apego a normas de Derecho o de Justicia substancialmente diferentes a las del resto de la élite política» (291). Siendo así, no es de extrañar, como lo muestra el estudio citado –para el caso de los Estados Unidos- que los

⁷⁸ En el caso español, la sentencia sobre el *Estatut de Catalunya* ha provocado una oleada de comentarios sobre la politización y falta de independencia de los miembros del Tribunal Constitucional. Así queda registrado en diversos diarios en los que el tema de la politización no ha cesado: *El Estatut revela la fragilidad del Constitucional* (disponible en: <http://www.publico.es/espana/246978/el-estatut-revela-la-fragilidad-del-constitucional>, fecha de consulta: 16 de enero de 2014), *La politización del Tribunal Constitucional: ¿Desde cuándo y hasta cuándo?* (disponible en: http://www.eldiario.es/agendapublica/nueva-politica/politizacion-Tribunal-Constitucional_0_177082923.html, fecha de consulta: 16 de enero de 2014), *El guardián de la Constitución* (disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2012/01/18/actualidad/1326919491_123074.html, fecha de consulta: 16 de enero de 2014).

jueces tiendan a seguir la opinión de las mayorías parlamentarias (aunque no de manera inmediata)⁷⁹.

En cualquier caso, no se debe caer en el error de pensar que la justicia constitucional no juega ningún papel. Si así fuera, la objeción democrática o la defensa del control de constitucional no tendrían ningún sentido. Las cortes y tribunales constitucionales juegan un papel importante en sociedades sumamente divididas en las que las mayorías pueden ser inestables. En estos casos los tribunales terminan por convertirse en defensoras del *statu quo* –para bien o para mal- o, en caso de que se haya conformado una mayoría estable, en una institución capaz de retrasar los objetivos que dicha mayoría se haya fijado, sin lograr detenerla⁸⁰.

En su justa proporción, el argumento de la independencia judicial no produce los resultados esperados ni por los constitucionalistas ni por los

⁷⁹ Es de cierta manera contradictorio que algunos constitucionalistas tengan en tan poca estima las instituciones representativas por darle tan poco peso a la opinión de los ciudadanos (llegando a decir que «la idea de igual poder político es un mito» (Dworkin, 2006a: 142)), pero que no dudan, al estudiar la justicia constitucional, en mostrar el valor democrático de esta institución basándose en la influencia de los ciudadanos en la elección de los jueces que conforman las cortes y tribunales constitucionales, así como el peso que esta misma opinión ejercería en las decisiones de estos órganos.

⁸⁰ Si bien esta afirmación es cierta en términos generales, encontramos casos en que la justicia constitucional juega un papel importante en el cambio social (ver Dixon, 2007; Gargarella, 2006, 2012; Gloppen, 2006; Rodríguez Garavito, 2010a; 2010b). Este hecho tiene efectos importantes en la defensa contextual del control de constitucionalidad, tal como se verá en el estudio que ocupa las SEGUNDA PARTE de esta tesis.

procedimentalistas ⁸¹. El hecho de que la independencia de los jueces constitucionales se vea menguada por los mecanismos de elección (que muy pocos constitucionalistas proponen modificar) debilita la afirmación de que pueden decidir de manera radicalmente distinta a la de los legisladores, pero también le resta importancia a la crítica procedimentalista (sin eliminarla) que describe a las cortes –en contraposición a las asambleas– como órganos desconectados de las presiones ciudadanas.

Pero el hecho de reconocer las limitaciones de la independencia judicial no lleva a abandonar el problema que se venía planteando. La pregunta subsiste: ¿pueden los jueces, con su limitada independencia, conservar las virtudes que afirman los constitucionalistas tiene la justicia constitucional?

El argumento tal como lo expone, de nuevo, Dworkin dice que «un juez separado de las demandas de las mayorías políticas sobre cuyos intereses los derechos triunfarían, está -por esto mismo- en una mejor posición para evaluar [un argumento basado en principios]» (Dworkin, 1977: 85). Esto nos lleva de nuevo a la afirmación estudiada en parte en el apartado 1.1. del **Capítulo I** según la cual los jueces son mejores que los representantes a la hora de hacer

⁸¹ En el caso de los constitucionalistas sería imposible afirmar a la vez que los jueces son mejores que los ciudadanos o sus representantes para tomar decisiones que impliquen principios constitucionales y que los jueces terminan por plegarse a la opinión mayoritaria. Tal como lo expresa Bayón (2004: 102), «defender la justicia constitucional de esa manera es como saltar de la sartén para caer en el fuego: porque si se parte de que la mayoría amenaza sistemáticamente los derechos, no se entiende cómo el peligro podría ser conjurado por los jueces constitucionales si realmente es cierto que a medio plazo estos tienden a alinearse con el punto de vista de aquélla. Sencillamente, uno no puede servirse de ambos argumentos a la vez».

juicios morales. Esto se defiende teniendo en cuenta, por una parte, la exaltación de (a) la experiencia del juez en asuntos morales acompañada de (b) la independencia que le permite decidir de acuerdo con sus propios juicios sin tener que depender de la aceptación de los ciudadanos y, por otra, en la doble consideración de que (c) los ciudadanos son incapaces de decidir con base en principios (es decir, sólo con base en intereses) y que (d) decidir con base en intereses es necesariamente una desventaja al momento de llegar a *respuestas correctas* en cuestiones de principio.

1.6. Los jueces como razonadores morales

¿Son los jueces mejores que los legisladores al momento de resolver problemas morales? Los iusconstitucionalistas (al menos los principialistas) afirman que los jueces constitucionales están, en efecto, en mejor posición para decidir asuntos morales o asuntos en los que se vean afectados derechos constitucionales. Sea que se entienda el derecho –siguiendo una teoría tal como la que defiende Dworkin– como una rama de la moral política, que a su vez es una rama de la moral personal, o se asuma la tesis positivista de la separabilidad entre el derecho y la moral, es rasgo común del constitucionalismo entender, como mínimo, que las cartas de derechos que existen en la mayoría de nuestras constituciones incorporan parte de la moral al derecho⁸².

⁸² Incluso en el caso del constitucionalismo garantista, afirma Moreso (2013a: 175), podríamos hablar de que se trata de un ejemplo de positivismo incluyente. Moreso cita el siguiente aparte de *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista* como prueba: «Gracias al primer positivismo jurídico se confió el “quién” y el “cómo” de la producción normativa a sujetos políticamente representativos de los gobernados. Merced al segundo, se vinculó el “qué” de las normas producidas a la garantía de los

Si el razonamiento moral tiene algún lugar en el derecho -y los casos en los que se debe decidir teniendo como sustento una carta de derechos serían el mejor ejemplo- la afirmación de que los jueces pueden llevar a cabo de mejor manera esta labor -al menos en determinadas circunstancias-, sería un argumento fuerte (aunque para Waldron no definitivo (2006: 1386-1395; 2009: 3, 24)) en la defensa del control de constitucionalidad.

Los procedimentalistas, sin embargo, no ven tan claro el argumento de que esta tarea mejora en su conjunto el sistema democrático. Decidir basándose en derechos constitucionales, afirman, tiene el riesgo de centrar la discusión no el fondo del asunto con todas las implicaciones morales que ello supone, sino en ejercicios interpretativos que permitan al juez extraer del texto constitucional aquella decisión que considera más adecuada.

Las asambleas, por el contrario, deliberan de manera más libre, pudiendo concentrarse en los problemas políticos y morales que implican las decisiones que proponen tomar sin necesidad de caer en discusiones legalistas. Además,

intereses y necesidades vitales de aquéllos. De este modo, el antiguo y recurrente contraste entre razón y voluntad, entre ley de la razón y ley de la voluntad, entre derecho natural y derecho positivo, entre Antígona y Creonte, que recorre la filosofía jurídica y política en su totalidad, desde la antigüedad hasta el siglo XX, y que corresponde al antiguo y también recurrente dilema y contraste entre el gobierno de las leyes y el gobierno de los hombres, ha sido en gran parte resuelto por las actuales constituciones rígidas, a través de la positivización de la “ley de la razón” —aun cuando históricamente determinada y contingente— bajo la forma de los principios y de los derechos fundamentales estipulados en ellas, como límites y vínculos a la “ley de la voluntad”, que en democracia es la ley del número expresada por la voluntad de la mayoría» (Ferrajoli, 2011c: 25).

existe el riesgo de que si no se incluye alguna clase de derechos, como los derechos sociales, se tienda a privilegiar otra clase de derechos, como el derecho de propiedad o la libertad de contratación, lo que llevaría a que sea declarada inconstitucional la legislación que tenga por objeto la implementación de aquellos derechos no reconocidos constitucionalmente (Waldron, 2006: 1380-1382).

Los argumentos de los constitucionalistas no se agotan allí. La justicia constitucional tiene también la capacidad, en contraste con las asambleas, de dar razones. En este sentido habla Mattias Kumm de un *derecho a la justificación* que se garantizaría a través de la ponderación hecha por los jueces al revisar la constitucionalidad de las leyes, estableciendo «si las acciones de las autoridades públicas son justificables en términos tales que la parte afectada pueda razonablemente aceptar» (2012: 214)⁸³.

Este argumento tampoco lo encuentran convincente los procedimentalistas. Existe, en primer lugar, el riesgo de que la carta de derechos se encuentre desactualizada, lo que llevaría a que «aquello que es llamado “dar razones” sea normalmente un intento por conectar la decisión que la corte enfrenta con una complicada prosa de los siglos XVIII o XIX» (Waldron, 2006: 1383). Este defecto es contingente y no pone en riesgo el argumento constitucionalista sino en unas circunstancias específicas que no parecen reunir la mayoría de democracias contemporáneas.

⁸³ Kumm afirma que este argumento en favor del control de constitucionalidad estaría *orientado a los resultados*. Harel (2014), al defender el *derecho a ser oído* –y la justificación que debe acompañar la respuesta a la queja presentada por el ciudadano– considera que su argumento (cercano al de Kumm) está en verdad *orientado al procedimiento*.

Pero no es sólo el problema de las cartas de derechos desactualizadas, también está el problema del precedente. Si bien el apego al precedente en los sistemas del *Common Law* es visto por muchos como una virtud al momento de decidir asuntos constitucionales (Eisgruber, 2001: 70, Waluchow, 2007a)⁸⁴, Waldron afirma que este apego tiende a distorsionar el razonamiento de los jueces, pues deben centrarse no sólo en los hechos relevantes del caso y sus implicaciones políticas y constitucionales, sino que además deben embarcarse en largas disquisiciones sobre lo dicho por otros jueces en el pasado sobre casos similares. Sea cual sea la fuerza de este argumento, se refiere sólo a un grupo restringido de sistemas constitucionales de los que estarían excluidos los de corte kelseniano. En ellos, los jueces constitucionales tratan de manera directa aquellos asuntos de relevancia moral sin centrarse demasiado en las decisiones tomadas con anterioridad por la misma institución (Kumm, 2007: 2)⁸⁵.

⁸⁴ Waluchow, al defender su posición, afirma que las cartas de derechos son «mucho más flexibles y adaptables» de lo que muchos suponen y que éstas hacen posible el desarrollo «de un “*common-law* de los derechos morales” que actúa en contra del ejercicio ilegítimo del poder del gobierno» (2007b: 264-265).

⁸⁵ El caso paradigmático usado por Waldron para mostrar cómo la importancia del precedente empobrece la calidad de la deliberación es *Roe v. Wade*. En esta decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuya parte motiva ocupa cincuenta páginas, apenas «un par de párrafos tratan la importancia moral de los derechos reproductivos en relación con la privacidad» (2009: 20). Kumm, por el contrario, afirma que la práctica de los derechos constitucionales en Europa es guiada más que por el precedente, por el test de proporcionalidad (2007: 5 y ss.). Tal como se vio en el apartado 1.2. del **Capítulo I**, el juicio de proporcionalidad defendido por Alxey, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, no hace referencia a los precedentes como elemento a tener en cuenta al momento de

Pero la crítica más fuerte de procedimentalistas como Waldron, y que está relacionada con la primera de las objeciones, es la que se deriva de las características propias del razonamiento jurídico. Este problema es tratado de manera extensa en *Judges as moral reasoners* (2009). Al discutir esta cuestión se pueden asumir dos visiones. En una primera, que se correspondería con el positivismo inclusivo, se acepta la existencia de dos tipos de razonamiento que funcionan por separado: por un lado está el razonamiento jurídico, que se encargaría de «encontrar, aplicar e interpretar el derecho» (Waldron, 2009: 14), y por otro, el razonamiento moral del que sería necesario hacer uso cuando el juez deba decidir con base en los derechos constitucionales (destinados a defender a las minorías), y que tienen un contenido propiamente moral.

La segunda visión sería la defendida por Dworkin -expuesta en el **Capítulo I**-. Ésta afirmaría que no es posible hacer una distinción clara entre derecho y moral. Contrario a la descripción ofrecida por el positivismo, en donde hay dos sistemas separados que pueden o no superponerse en caso de que el derecho integre una parte de la moral (como cuando incorpora a su constitución una carta de derechos), el interpretativismo dworkiniano asume que en realidad lo que existe es un solo sistema en el que se integran (como en un árbol en crecimiento) la ética, la moral personal, la moral política y el derecho (Dworkin, 2011: cap. 19). El razonamiento jurídico y el razonamiento moral no serían en realidad distinguibles.

decidir. En este sentido, hay aquí una diferencia importante entre las posiciones defendidas por Dworkin y Alexy, pues el primero afirma la necesidad de tener en cuenta no sólo los derechos que emanan del sistema jurídico, sino también las decisiones los demás jueces con quienes «de manera conjunta elaboran una moralidad constitucional coherente» (Dworkin, 1996a: 10).

Para hacer un poco más complicado el argumento, Waldron agrega una nueva pregunta: ¿hay alguna diferencia relevante entre el razonamiento moral por cuenta propia y aquel llevado a cabo en nombre de la sociedad en su conjunto? (Waldron, 2009: 15). Para llegar al punto que nos interesa avancemos que la respuesta que da Waldron es no. De hecho, cuando un juez o un legislador toma una decisión sabe que su responsabilidad no es simplemente la de afirmar, con su voto, lo que él, de manera autónoma, considera la decisión correcta para el conjunto de la sociedad. El legislador debe tener en cuenta la opinión de aquellos a quienes representa, así los juicios de estos no coincidan con los propios. El juez, por su parte, no puede dejar de lado lo que el derecho diga, así las restricciones que este imponga las considere moralmente equivocadas (2009: 16).

Este apego del juez a la ley (en un sentido amplio) es lo que daría a su posición en una democracia un especial valor. Sus decisiones, aun cuando están permeadas por el razonamiento moral, deben tener en cuenta lo que la sociedad ha expresado a través del derecho. Los legisladores, incluso cuando lo intentan, tienen especial dificultad en ceñirse a lo exigido por el derecho.

La cuestión sería entonces si, en el caso de los derechos, el razonamiento empleado por los jueces –con su mezcla de elementos legales y morales– es superior al de los legisladores, más libre de las ataduras legalistas⁸⁶. Para

⁸⁶ Supondremos, por motivos de espacio y de tiempo, que la posición que asume la existencia de una mezcla entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral es la adecuada. Si se restringe al caso que aquí nos interesa, en el cual los jueces deben tener en cuenta los derechos consagrados en la constitución, creo que es posible afirmar que la coincidencia entre el positivismo inclusivo y el interpretativismo dworkiniano es amplia.

Waldron, las limitaciones propias del razonamiento constitucional (los elementos que debe tener en cuenta el juez al momento de tomar una decisión) hacen que éste sea en realidad deficiente. Los jueces deben tener en cuenta los textos legales⁸⁷, lo que reduciría su capacidad de razonar libremente.

Es cierto que en el caso norteamericano -con una constitución de más de 200 años de antigüedad-, los jueces se ven obligados en algunas ocasiones a forzar el lenguaje de la constitución con el fin de crear teorías interpretativas coherentes⁸⁸. Pero esto no es cierto para un gran número de constituciones nacidas después de la segunda guerra mundial, en las que sus catálogos de derechos permiten concentrarse de manera más directa en los problemas que se someten a decisión de los jueces constitucionales⁸⁹. Si esto es así, es difícil

⁸⁷ También los legisladores deberían tener en cuenta al menos la constitución, pero no están especialmente entrenados para hacerlo y su legitimidad no depende (en la medida en la que sí depende la de los jueces) de poder mostrar que sus decisiones tienen como base un texto jurídico.

⁸⁸ Waldron afirma que es precisamente la antigüedad de la constitución, sumada a la dificultad de su reforma y la posibilidad que tienen los jueces de cambiar la constitución, o al menos de «cambiar la manera en que el texto es entendido y así llevar a resultados sustantivamente distintos», lo que explica «el infantilismo y la mala fe de la jurisprudencia constitucional estadounidense» (2014: 1168).

⁸⁹ Mattias Kumm afirma, en contra de la descripción hecha por Waldron, que en el caso europeo, en donde predomina lo que Kumm llama el *paradigma racionalista de los derechos humanos*, los jueces «se enfocan generalmente no en la interpretación de la autoridad legal, sino en la justificación en términos de razón pública de los actos de las autoridades públicas. Argumentos relacionados con textos legales, historia, precedentes, etc. juegan un papel relativamente modesto en la práctica constitucional europea» (2007: 5).

entender cuál es el problema de que los jueces se vean en la necesidad de remitirse a textos legales (cartas de derechos), teniendo además en cuenta que su labor no es la de elaborar las leyes, si no la de establecer si las leyes creadas por el legislador son acordes con la constitución y los derechos consagrados por ésta –haciendo realidad la *dimensión editorial* de la democracia (Pettit, 2000: 117-123)-.

Pero el problema no se soluciona concentrándonos en lo que Kumm denomina *paradigma racionalista de los derechos humanos*. Waldron afirma que es claro que, al enfrentarnos a lo que él llama *cuestiones decisivas sobre derechos* (*watershed issues of rights*), los derechos constitucionales son relevantes al momento de determinar cómo estas cuestiones deben ser resueltas; pero también lo es que estos derechos «no llegan ellos mismos, siquiera cercanamente, a determinar, de una manera que esté más allá de disputa razonable, cómo se debe resolver el asunto» (2009: 21).

El centro de la crítica se basaría en que, en el mejor de los casos, los jueces deben decidir no deliberando de manera abierta tal como lo harían las legislaturas, sino presentando la disputa «como una cuestión de interpretación de aquellas blandas y evasivas formulaciones [las cartas de derechos]» (2009: 22). Waldron asume que el único límite que podría significar el derecho para los jueces sería aquél establecido por los precedentes y la doctrina. Aun si el peso del precedente es tan débil como para no afectar de forma relevante la capacidad de los jueces de razonar sin caer en las patologías identificadas por Waldron, éstos no podrían dejar de presentar sus argumentos como una cuestión de interpretación de aquellos principios constitucionales que, para el autor neozelandés, no logran sino eludir «el desacuerdo real y razonable de personas libres y obstinadas» (2009: 23).

Pero, ¿hasta dónde podemos decir que esto es cierto? Es verdad que el lenguaje moral usado en las constituciones no resuelve todas las disputas que se puedan presentar en el futuro. Pero es difícil afirmar que los jueces no pueden llegar a decisiones más o menos ciertas en muchos casos de relevancia constitucional.

Por ejemplo, al establecer en la constitución que están prohibidas las penas crueles, inhumanas o degradantes (C.E. Art. 15, C.C. Art. 12), se restringen sin duda las posibilidades que tienen los representantes de determinar, por ejemplo, el contenido de un código penal. Si esta prohibición se ve reforzada con el establecimiento del control de constitucionalidad, sería aún más difícil para los miembros de una asamblea arriesgarse a ignorar el texto constitucional⁹⁰.

Pero el procedimentalismo democrático pareciera afirmar que esto no es posible. Dado que las circunstancias de la política lo que precisamente evidencian es que hay un descuerdo generalizado, y que los derechos establecidos en la constitución no hacen más que posponer (y no fijar unos límites sobre) lo que debe ser decidido⁹¹, debemos entender que en el caso de las penas crueles, inhumanas o degradantes, lo que en realidad encontraríamos sería la decisión de jueces (pobremente debatida) que se impone a la de los representantes (relativamente mejor debatida).

⁹⁰ Esta es la posición defendida por Moreso (2004; 2013a; 2013b).

⁹¹ Martí, de manera más cruda, afirma: «Lo que hace [la formulación de principios abstractos] es generar acuerdos falsos o aparentes, y postergar la confrontación de nuestras posiciones de conflicto a la etapa de la interpretación del principio» (Martí, 2006: 161).

Digo pareciera porque la argumentación en *Judges as moral reasoner* da la impresión de llevar a esta conclusión⁹². Sin embargo, el mismo Waldron afirma en otros trabajos (2014: 1150-1151) que es contradictorio decir que los textos constitucionales no dicen nada, o que los abogados o académicos manipulan los textos, y después quejarse de lo antidemocrático de tener que someterse a lo que establece la constitución⁹³.

⁹² Esta es la posición defendida por Waldron en *Law and Disagreement*, en donde afirma que «las palabras usadas en cada disposición en la Carta de Derechos tienden a tomar una vida propia, convirtiéndose en el obsesivo slogan para expresar todo aquello que se quiera decir acerca del derecho en cuestión» (Waldron, 1999a: 220). No deja de ser extraña la desconfianza que muestran los procedimentalistas hacia los derechos constitucionales y el poder que estos otorgan a los jueces, al tiempo que pasa desapercibido el poder análogo que la ley (la cual está igualmente cargada de principios) les otorgaría. En palabras de Prieto Sanchís, «si resulta que los jueces no aplican sino que producen la Constitución, es lícito pensar que algo parecido harán con las leyes. Dado que «la incorporación de estándares morales no es un monopolio constitucional [...] la preocupación por la naturaleza antidemocrática de la interpretación constitucional debe prolongarse en la interpretación legal; si los jueces inventan la constitución, ¿por qué no han de inventar también la ley?» (Prieto Sanchís, 2003: 164).

⁹³ Esta es precisamente la crítica elevada por Claudina Orunesu (2012a: 38-39; 2012b: 195), para quien existe una clara contradicción en la posición procedimentalista al criticar, al mismo tiempo, el atrincheramiento de los derechos y control judicial. Para Orunesu, al sostener, como hace Waldron, que el atrincheramiento de un derecho en la constitución es indeseable dado que significa no sólo una ventaja adicional para quien se ve protegido por éste, sino también, como contracara, la falta de competencia por parte del legislador -quien queda impedido para ejercer «sus funciones normales de revisión, reforma e innovación en el derecho» (Waldron, 1999: 221; 1993: 27), se entra

Es por esta razón por la que no podemos entender de esta manera la crítica elaborada por Waldron. Lo que se pone de presente es más bien que podemos llegar a mejores decisiones si discutimos abiertamente los asuntos, tal como se hace en las asambleas legislativas, que si sometemos esa misma decisión ante los jueces, aun cuando las cartas de derechos sí limiten en alguna medida lo que es posible someter a discusión (aunque no resuelven por completo los conflictos).

Cuando un juez afirma que una decisión del legislativo debe ser expulsada del sistema jurídico por ser contraria a un derecho x , no está usando ese derecho como mero *anzuelo* para hacer más fácil que se acepte su particular visión sobre el asunto como autoritativa. El problema que identifican Waldron y los demás procedimentalistas es que incluso cuando los jueces constitucionales consideran, de manera sincera, que uno o varios derechos constitucionales exigen que una determinada medida tomada por el legislativo debe ser revocada, no podemos dejar de tener en cuenta que (a) los derechos no logran solucionar de manera clara todos los conflictos, (b) dado lo anterior, la

en contradicción con la misma tesis de la indeterminación radical defendida al criticar la tiranía de los jueces:

Al sostener tal cosa [la limitación que significa atrincherar derechos] se está reconociendo que la constitución es capaz, a través de una carta de derechos, de retirar ciertos temas de la agenda de discusión ordinaria y así limitar lo que el legislador puede decidir. Pero, para ello debe aceptarse que la constitución tiene algún contenido desde el punto de vista semántico, «dice algo» de antemano que otorga esa ventaja de la que habla Waldron. Ahora bien, en contradicción con esto, el argumento de la dictadura de los jueces parece presuponer, como ya se advirtió, que la discrecionalidad judicial se sigue de la indeterminación de las normas constitucionales de tutela de derechos fundamentales, las que no ofrecerían ninguna respuesta clara y, por ende, tampoco podrían fijar límite alguno a los órganos infraconstitucionales (Orunesu, 2012a: 38).

posición asumida por los jueces es una posición entre varias posibles (generalmente son decisiones que se toman en medio del desacuerdo y a través de la regla de la mayoría), (c) dichas decisiones son tomadas a través de mecanismos que no aseguran que las decisiones sean mejores que las logradas por los legisladores.

De nuevo el desacuerdo (en este caso sobre lo que exigen los derechos constitucionales) y la debilidad (según Waldron) de los jueces constitucionales al momento de deliberar sobre asuntos morales, serían suficientes para dejar sin fundamento cualquier defensa instrumental del control de constitucionalidad.

2. *Desacuerdos y derechos: problemas de la democracia procedimentalista de Jeremy Waldron*

Afirmaba Bobbio (2003: 455) que el fundamento ético de la democracia residía en el reconocimiento de la autonomía del individuo, en la afirmación de la igual dignidad de todos los hombres. Esta idea se encuentra en la base de todo el pensamiento liberal, desde el neocontractualismo de John Rawls, al interpretativismo de Ronald Dworkin o al procedimentalismo de Jeremy Waldron. Es posible afirmar que esta base de reconocimiento de igual dignidad emparenta todas las corrientes del pensamiento analizadas en los capítulos anteriores, tanto *iusconstitucionalistas* como *procedimentalistas*.

Pero el hecho de tener este elemento común, no lleva en absoluto a un acuerdo sobre cuáles instituciones pueden ser consideradas legítimas desde un punto de vista democrático. En el análisis del tema que nos ocupa, hemos hecho referencia a dos de estas instituciones (que de ninguna manera agotan el panorama de las democracias contemporáneas): los parlamentos como principales lugares de creación de la ley y los tribunales o cortes constitucionales como órganos de control de las decisiones de los parlamentos.

Hemos visto cómo para las corrientes *iusconstitucionalistas* la democracia exigiría el reconocimiento, siguiendo el primer principio de justicia propuesto por Rawls, del más amplio esquema de libertades básicas compatibles con un esquema de libertades igualmente amplio para todos. Pero a diferencia del autor norteamericano, éstos no reconocen la inclusión en tal esquema tanto de la libertad política como las demás libertades. Mientras la aceptación del primer principio rawlsiano implicaría que un sistema político, para ser democrático, debe buscar hacer real tanto la libertad política como las demás libertades protegidas por los derechos constitucionales, el modelo de democracia

constitucional defendido por los *iusconstitucionalistas* entiende que las libertades políticas tienen un valor puramente instrumental.

Para los *procedimentalistas*, por su parte, el reconocimiento de la igual dignidad y la afirmación de la capacidad de cada persona de desarrollar un «sentido de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto» (Aristóteles, 1986: 48 – Política: 1253a), lleva a conclusiones diferentes a las defendidas por los *iusconstitucionalistas*. Esta capacidad moral reconocida por todas las teorías liberales exige el respeto por los juicios que se hayan formado los ciudadanos, lo que se traduciría en la exigencia del establecimiento de instituciones que muestren real respeto a esos juicios. Los procedimentalistas afirman que habría una contradicción en afirmar la condición de todos los miembros de la sociedad como *personas morales* -y por lo tanto dotados de un sentido de la justicia (Rawls, 1971: 12)- y luego afirmar que las personas que integran las mayorías no son dignas de confianza (Waldron: 1993a: 27-28).

La única forma de reconocer la igual dignidad de las personas es, según los procedimentalistas, a través del establecimiento de procedimientos que den igual peso al juicio que se haya formado cada ciudadano, lo que se traduciría en los sistemas políticos contemporáneos en «un sistema de igualdad de votos, regla de la mayoría y competencia entre partidos» (Bellamy, 2007: 220).

Si bien Waldron logra mostrar de manera acertada la incompatibilidad entre la afirmación del respeto por el juicio de nuestros conciudadanos y la desconfianza a las mayorías formadas por esos mismos ciudadanos, debemos ahora preguntarnos si ese respeto por el juicio de cada persona -que da sustento al principio de igual participación-, acompañado de las circunstancias de la política, llevan necesariamente a aceptar el modelo de democracia

procedimentalistas y al rechazo del control de constitucionalidad como necesariamente antidemocrático.

2.1. El problema de la reflexividad y los límites del procedimentalismo

Waldron, refiriéndose a Kant, afirma en *The Dignity of Legislation* que éste «insiste en que debemos ver a los demás no sólo como objetos de consideración y respeto, sino como *otros seres pensantes, otros intelectos, otros agentes morales, con un pensamiento coordinado y en competencia con el nuestro*» (Waldron, 1999b: 61). Pero, ¿qué implicaciones conlleva el hecho de reconocer a los demás como seres pensantes con ideas y juicios contrarios a los nuestros? En el apartado anterior se expuso la respuesta ofrecida por los procedimentalistas en su defensa de la regla de la mayoría.

Reconocer a los demás como seres pensantes, como *personas morales*, exige que en aquellas situaciones en que sea necesario adoptar decisiones colectivas y no haya acuerdo sobre el curso de acción a tomar, debemos establecer mecanismos de toma de decisiones que den igual peso al juicio que cada persona se haya formado. El único procedimiento que nos garantiza el respeto por el punto de vista de cada persona es precisamente la regla de la mayoría, razón por la cual los mecanismos contramayoritarios no estarían justificados.

Ahora bien, esta posición se enfrenta a un problema importante. El principio de igual participación que deriva de la exigencia de respeto por el juicio de cada persona en tanto que persona moral es aplicable a sí mismo (Christiano, 2008: 286). Es decir, ya que encontramos desacuerdos acerca de lo que estos principios exigen y cuáles procedimientos respetan sus exigencias, podemos, sobre la misma base que reclamamos igual participación en las decisiones sobre lo justo, demandar una igual participación en las decisiones concernientes al principio de igual participación.

Debemos analizar este punto de manera más detallada. Para ello estudiaremos, en el apartado 2.2., cómo Waldron ataca la idea de consenso defendida por John Rawls, en el 2.3. examinaremos qué problemas trae la extensión de los desacuerdos a las cuestiones sobre procedimientos, en el numeral 2.4. analizaremos algunas cuestiones que, por un lado, aclaran la posición de Waldron y la base no consensual de su fundamentación de la obligación política y, por otro, nos muestran cómo estas cuestiones no evitan los problemas de la reflexividad. Finalmente, en el numeral 2.5., veremos cómo los problemas de la posición procedimentalista traen de nuevo al centro del debate a los defensores del instrumentalismo.

2.2. Consenso por superposición y desacuerdos sobre lo justo

Gran parte de los argumentos defendidos por Waldron en *Law and disagreement* están dirigidos al liberalismo político de Rawls y al valor que éste da al consenso como base para la legitimidad del sistema político. Rawls entiende que su concepción de la política no deriva de una doctrina comprehensiva acerca de lo bueno, sino que es compatible con varias doctrinas comprehensivas razonables. En este sentido, la concepción política de la justicia de Rawls es presentada como «un punto de vista independiente» (1996: 12).

Waldron encuentra este planteamiento bastante problemático. La principal dificultad es el papel que juegan los desacuerdos en la propuesta defendida por Rawls. Para el filósofo norteamericano toda sociedad bien ordenada es una sociedad «efectivamente regulada por una concepción política de la justicia» (1996: 14), cuyo contenido se expresa «en términos de ciertas ideas fundamentales vistas como implícitas en la cultura política pública de una sociedad democrática». Estas ideas fundamentales que componen la concepción política de la justicia no derivan de ninguna doctrina comprehensiva específica;

su contenido es independiente de las diferentes doctrinas imperantes en la sociedad y se constituye como un *módulo* que encaja con todas las doctrinas comprensivas razonables existentes (1996: 12).

En una sociedad liberal deberíamos esperar entonces que cada ciudadano racional y razonable acepte la concepción política de la justicia como una *parte constitutiva esencial* de la propia doctrina comprensiva por él defendida. Si esto es así, encontraríamos que la concepción política de la justicia haría parte de un *consenso por superposición* en el que diferentes doctrinas comprensivas razonables aceptarían unos mismos principios. En este consenso «todos aquellos que adhieren a la concepción política lo hacen desde su propia concepción comprensiva y hacen uso de las bases religiosas, filosóficas y morales que ésta provee» (1996: 147).

Esto tiene una relación directa con el sustento que se da al control de constitucionalidad en el *liberalismo político* de Rawls. Los miembros de una comunidad política tienen un *deber de civilidad* según el cual deben mostrar que aquellos principios y medidas políticas que apoyan «están respaldados por los valores políticos de la razón pública» (1996: 217). La *razón pública* rawlsiana exige a los ciudadanos justificar sus decisiones en principios públicos, principios que están contenidos en la concepción política de la justicia que hace parte de un consenso por superposición.

Dentro de este modelo, la justicia constitucional tendría la función de proteger la ley suprema en la cual se encuentran consagrados los principios que

hacen parte de la concepción política de la justicia (1996: 233)⁹⁴. Para ello, debe hacer uso de la razón pública y *sólo* de la razón pública. Una de las características de la justicia constitucional, considera Rawls, es que, a diferencia de ciudadanos y legisladores (quienes «pueden votar de acuerdo a sus concepciones más comprehensivas cuando las cuestiones constitucionales esenciales y la justicia básica no están en juego»), los jueces no pueden hacer uso de más razón que la pública, ni apoyarse en valores diferentes a los comprendidos por la concepción política de la justicia: la razón pública es la única razón que ejerce la justicia constitucional (1996: 235).

Esta restricción obliga a los jueces constitucionales a «desarrollar y expresar en sus opiniones razonadas la mejor interpretación de la constitución que puedan, usando su conocimiento acerca de lo que exigen la constitución y los precedentes constitucionales» (1996: 236). Estas razones, entre otras, son las que llevan a Rawls a afirmar que la Corte Suprema norteamericana es un *modelo de razón pública*.

Si bien la razón pública es vista aquí como una restricción a la forma de razonar de los jueces constitucionales –dado que sólo pueden hacer uso de la razón pública–, debemos entender que la razón pública se convierte en un verdadero límite al debate político, límite que los tribunales constitucionales están llamados vigilar. Al permitirle a un tribunal constitucional dejar sin fuerza las decisiones tomadas por el parlamento –basándose en aquello que aquél considere comprendido o no por la razón pública–, significa dejar por

⁹⁴ Así, dice Rawls que «una constitución democrática es una expresión en principios –insertados en la ley suprema– del ideal político de un pueblo de gobernarse de una determinada manera» (1996: 232).

fuera del escenario político aquellas razones que están por fuera del consenso liberal⁹⁵.

Esto, como es de esperarse, es visto con desconfianza por los procedimentalistas, quienes sustentan sus argumentos precisamente en la existencia de desacuerdos profundos en todas las áreas en las que necesitamos tomar decisiones en común. La defensa rawlsiana del control de constitucionalidad (al menos como aparece en *Liberalismo Político*) claramente reconoce la existencia de desacuerdos expresados en diferentes concepciones de lo bueno, pero no queda del todo claro qué lugar ocuparían –si alguno– los desacuerdos sobre lo justo. Pero esto, obviamente, no basta a los procedimentalistas, pues no es posible esperar un acuerdo sobre cuestiones básicas de justicia, como tampoco sobre las concepciones de la vida buena.

Para sustentar su afirmación, los procedimentalistas extienden el uso de *cargas del juicio*, que en la teoría defendida por Rawls explican los desacuerdos acerca de las concepciones de lo bueno, para justificar también la existencia de desacuerdos acerca de las concepciones de lo justo. Las cargas del juicio son la consecuencia del esfuerzo hecho por Rawls por responder a la pregunta de por qué la existencia de instituciones respetuosas de nuestras libertades lleva a un

⁹⁵ El papel que se le da a la razón pública en el modelo defendido por el liberalismo político y la función que se le otorga a la justicia constitucional como *modelo de razón pública* hacen al menos dudar en el carácter de mero *deber moral* que le otorga Rawls al deber de civilidad (sobre el deber de civilidad como deber moral, ver Rawls, 1996: 217). Como hemos visto, una corte constitucional refuerza la razón pública no sólo a través de su ejemplo, sino que expulsa del terreno político todo aquello que exceda el campo de acción de la razón pública –al menos en lo que a cuestiones constitucionales esenciales se refiere–.

pluralismo razonable y por qué nuestros intentos de razonar unos con otros no llevan a un acuerdo (Rawls, 1996: 55).

De manera más concreta, lo que preocupa a Rawls es explicar la existencia de desacuerdos razonables entre personas razonables, es decir, entre personas comprometidas con el uso de la razón pública (dispuestas a sustentar sus posiciones en razones públicamente compartidas). Asumimos entonces que los desacuerdos acerca de las concepciones de lo bueno se dan entre personas razonables que «comparten una razón humana común, similar capacidad de pensamiento y juicio», por lo que la defensa de estrechos intereses particulares, la irracionalidad de las personas o la presencia de errores lógicos no podrían explicar por completo la existencia de desacuerdos razonables (1996: 55).

Los desacuerdos razonables que podemos observar acerca de aquello que las personas consideran valioso, se deben «a las múltiples dificultades, propias del correcto (y consciente) ejercicio de nuestra razón y juicio en el curso ordinario de la vida política». Ejemplos de estas dificultades pueden ser la contradicción y la complejidad de la evidencia disponible para tomar una decisión sobre un caso, el distinto peso que se le puede dar a los diferentes aspectos que consideramos relevantes para tomar una decisión, la vaguedad de los conceptos con los que debemos lidiar al momento de tomar decisiones políticas, el peso que tienen nuestras experiencias (siempre diferentes para cada uno de nosotros) al momento de evaluar la evidencia de la que disponemos, el peso que le damos a los diferentes valores en juego, etc. (1996: 56-57).

La pregunta que hacen los procedimentalistas es precisamente qué razones tenemos para considerar que todo esto es posible cuando nos enfrentamos a cuestiones acerca de lo bueno, pero no si aquello que se debate es lo justo. Como afirma Brower, todas estas dificultades que explican los desacuerdos, y

que son citadas por Rawls «como fundamento para abandonar la esperanza de un consenso sobre lo bueno», también «dejan dudas relativas a un consenso sobre lo correcto» (1994: 21)⁹⁶.

Si las cargas del juicio afectan no sólo nuestras opiniones acerca de lo bueno, sino también lo que consideramos justo, los problemas para el planteamiento rawlsiano son claros. Rawls afirma que el poder político es legítimo sólo si es ejercido de una manera tal que sea justificable de acuerdo con las exigencias de la razón pública (Freeman: 2007: 378). Es decir, de acuerdo a los principios contenidos en la concepción política de la justicia, principios que harían parte de un consenso por superposición entre diferentes doctrinas comprensivas razonables. Lo que debemos notar aquí es que la legitimidad del poder político no viene dada por el valor intrínseco de los valores que componen la concepción política de la justicia, sino del hecho de ser valores compartidos a través de un consenso por superposición. Los procedimentalistas niegan la existencia de tal consenso y por esta razón consideran que una justificación del control de constitucionalidad (que se derivaría del principio de legitimidad liberal) carece de fundamento⁹⁷.

⁹⁶ Sobre las cargas del juicio y el papel que juega acerca de las concepciones de lo justo ver Bellamy (2007: 21 y ss.) y Waldron (1999a: 112-113, 151-153).

⁹⁷ Waldron hace notar que podemos entender de dos maneras el planteamiento de Rawls. En primer lugar, podemos asumir que Rawls habla de la existencia de un verdadero consenso por superposición que justifica nuestras actuales instituciones políticas. Una segunda opción es entender la propuesta de Rawls como la afirmación de la posibilidad de que exista una sociedad en la que exista un consenso por superposición y la conveniencia de que este consenso se dé. En el primer caso, la propuesta sería susceptible de la crítica que acabamos de describir. En el segundo, sería

2.3. Desacuerdos sobre procedimientos

Hemos visto cómo el principal problema que presenta la defensa rawlsiana de la justicia constitucional es que, si es cierto que no existe un consenso sobre esos principios básicos o sobre lo que estos principios exigen –como parece mostrar la realidad de nuestros sistemas políticos-, el control de constitucionalidad perdería su fundamento. Pero la razón principal para traer el planteamiento de Rawls a colación es la contradicción en la que cae el propio Waldron.

Empecemos por aceptar que la crítica procedimentalista tiene razón al afirmar que los desacuerdos no se limitan a las concepciones de lo bueno, sino que también se extienden a las concepciones de lo justo (y no sólo a sus detalles, sino también a los principios mismos que deberían estar integrados en el consenso por superposición).

Ahora bien, esta afirmación no viene exenta de problemas. La crítica waldroniana se basa en la separabilidad del estudio de los asuntos procedimentales y los asuntos sustantivos, de la posibilidad de distinguir entre discusiones sobre procedimientos adecuados para la toma de decisiones comunes en medio de las circunstancias de la política y discusiones sobre las decisiones que consideramos correctas o justas. A esto se refería Waldron cuando, como vimos en el apartado anterior, separaba entre teorías de la autoridad y teorías de la justicia.

El problema se presenta cuando Waldron niega la posibilidad de encontrar un consenso sobre cuestiones referidas a la sustancia, pero considera posible un acuerdo sobre asuntos procedimentales. Esto es lo que Waldron afirma en el

difícil concluir de una *posibilidad puramente teórica* consecuencias reales para nuestros sistemas políticos actualmente operantes (Waldron 1999a: 149-163).

capítulo 7 de *Law and Disagreement* (dedicado precisamente a Rawls), cuando dice que es posible imaginar que estamos «de acuerdo en algunos de estos puntos procedimentales [procesos de deliberación y toma de decisiones], a pesar de que [estemos] en desacuerdo acerca de los méritos de los asuntos que los procedimientos están [...] llamados a resolver» (Waldron, 1999a: 160)⁹⁸.

Pero, como bien le han criticado autores como Fabre (2000), Christiano (2000), Estlund (2000) o Kavanagh (2003), no existe dicho consenso y hay un desacuerdo generalizado acerca de cuestiones procedimentales⁹⁹. Es claro, por decir algo obvio, que no hay consenso sobre la inclusión o no del control de constitucionalidad entre los procedimientos democráticos. Y esto se extiende a los mismos procedimientos mayoritarios: no hay nada cercano a un acuerdo a

⁹⁸ En sentido similar dice Bellamy refiriéndose a la presencia de los desacuerdos tanto en las concepciones de lo bueno como de lo justo: «No parece haber más alternativas en este caso que buscar un procedimiento que todos acepten como legitimador de la prevalencia de una de las posiciones en disputa sobre todas las demás, sin importar su propia opinión sobre los méritos sustantivos de la misma, o bien que asegure dar cabida a -o lograr algún compromiso entre- las diferentes posiciones» (2007: 26).

⁹⁹ Ya en 1987 Dworkin mencionaba este problema al afirmar, refiriéndose a lo que él llama concepciones independientes de la democracia, que no debía ser exagerado el hecho de la existencia de desacuerdos sobre factores sustantivos pues «la pregunta sobre cómo debe ser medido el poder político para decidir si es igual o no, es ella misma controvertida». Por esta razón Dworkin consideraba que la diferencia entre las defensas procedimental o sustantiva de la democracia no se refería a la ausencia de controversia (sobre procedimientos) en un caso y la presencia de desacuerdos en la otra, sino que en esta última, a diferencia de la primera, reaparecían cuestiones controversiales acerca de la sustancia, así como acerca de los procedimientos (Dworkin: 1987: 7; 2000: 189).

preguntas tales como cuál es el sistema electoral que mejor garantiza el principio de igual participación (un sistema proporcional o uno mayoritario), o si debemos o no dar una representación especial a grupos tradicionalmente excluidos (como establece la Constitución colombiana con relación a la representación de comunidades indígenas, grupos étnicos o minorías políticas – Arts. 171 y 176-), o qué lugar deben ocupar (si alguno) los mecanismos de democracia directa, etc.¹⁰⁰.

Incluso las mismas consecuencias que se derivarían de los principios que serían la base de la tesis procedimentalistas (igual participación, respeto igual por el juicio de cada ciudadano, igualdad política), muestran que, al menos en el nivel teórico, cada autor interpreta estos principios de una manera tal que lo lleva a defender diferentes modelos institucionales y procedimentales¹⁰¹.

Esto que se acaba de exponer y que puede parecer algo obvio, se ve oscurecido en el discurso de Waldron debido a la identificación que hace éste de la participación política, el derecho de voto y la regla de la mayoría (ver

¹⁰⁰ El mismo Waldron, al atacar las tesis de Stephen Holmes, nos nombra algunos ejemplos: «No debería tener necesidad de insistir, pero pongo aquí algunos asuntos acerca de los cuales demócratas razonables disienten: representación proporcional, frecuencia de las elecciones, límites de los mandatos, los criterios para la demarcación de las circunscripciones electorales, acceso de los candidatos a espacios en la televisión y financiación de las campañas en general» (Waldron, 1999a: 279).

¹⁰¹ No deja de extrañar que el mismo Waldron se pregunte (y se responda) de esta manera: «¿Cómo tomar decisiones colectivas en política? Todo lo que podemos decir es que esto es algo en lo que debemos seguir trabajando» (Waldron, 1999a: 280). La posición por él defendida parece ser más bien que debemos adoptar los mecanismos de decisión colectiva por él propuestos (a pesar de los desacuerdos).

apartado 2. del **Capítulo III**). Como afirman los procedimentalistas, la necesidad de tomar decisiones comunes en medio del desacuerdo hace también necesaria la búsqueda de procedimientos que den igual peso al juicio de cada persona. Esto es, todos debemos participar en las decisiones acerca de asuntos que a todos nos conciernen (*quod omnes tangit ab omnibus approbetur*). Debido a la necesidad de que todos participemos en las decisiones colectivas, Waldron deduce que debemos adoptar un modelo de democracia representativa, así como la regla de mayoría para decidir en las asambleas integradas por los representantes del pueblo.

Pero de la necesidad de que todos participemos en las decisiones colectivas no se sigue de ninguna manera que sea este el único diseño institucional al que podamos optar. En este sentido, es comprensible el asombro de Goldoni ante el hecho de que teóricos del desacuerdo como Waldron y Bellamy consideres las elecciones -y la representación que de ellas se deriva- como el único espacio en que pueden ser tratadas las diferencias de opinión (Goldoni, 2010: 503; 2014: 389).

2.4. Separabilidad entre sustancia y procedimiento

Esta simplificación presente en el planteamiento procedimentalista hace dudar de lo adecuado de su crítica al control de constitucionalidad. La misma separación entre sustancia y procedimientos que sirve de base a la crítica waldroniana puede ser puesta en duda. En la medida en que los procedimientos sugeridos tienen un sustento político-moral (Zurn, 2002; 2007: 77-80), la separabilidad que supone Waldron como base para defender una teoría de la autoridad e *imaginar la posibilidad de un consenso sobre procedimientos*, se ve fuertemente reducida. Cuando decidimos sobre procedimientos, estamos de igual manera tomando en cuenta aspectos sustantivos y es apenas natural

que al evaluarlos haya posiciones encontradas¹⁰². Separar procedimientos y sustancia servía a Waldron para afirmar la presencia de desacuerdos en el segundo de los campos mientras imaginaba la posibilidad de consensos en el primero. De esta manera era posible considerar legítimo el establecimiento de procedimientos que sirvieran para la toma de decisiones colectivas y a la vez legitimar las decisiones tomadas a través de estos procedimientos (a pesar de que reinara el desacuerdo sobre los asuntos decididos).

Sin embargo, esta pretensión de establecer una fundamentación de la democracia sobre bases puramente procedimentales encuentra serias dificultades. Como bien afirma Waldron, el fundamento de los procedimientos democráticos defendidos por los procedimentalistas descansa, como cualquier otra concepción de la democracia, sobre una serie de principios. En el caso de los procedimentalistas, el principio de igual participación sirve como base para la justificación del sistema democrático entendido –entre otras cosas- como una forma de gobierno en la cual son respetados los derechos de participación política (como el derecho a elegir y a ser elegido o el respeto de la regla de la mayoría en la toma de decisiones). Para los procedimentalistas, sin el respeto de estos derechos no sería posible hablar de procedimientos democráticos. Lo que distancia a las posiciones *procedimentalistas* de las *iusconstitucionalistas* no es el hecho de las primeras prescindan de la sustancia mientras las segundas

¹⁰² Esta idea había sido ya expresada por Walzer en su artículo sobre la relación entre filosofía y democracias, en el que afirmaba:

[L]a línea entre procedimientos y sustancia es [menos clara] de lo sugerido. Lo que está en juego al discutir sobre justicia procedimental es la distribución de poder, y esto es sin duda una cuestión sustantiva. No hay arreglos procedimentales que se puedan defender sin recurrir a un argumento sustantivo y todo argumento sustantivo (en filosofía política) emana de algún arreglo procedimental (Walzer, 1981: 386).

recurran a ella, sino la respuesta a la pregunta sobre qué derechos y principios deben ser respetados para considerar un gobierno como democrático, y aquí el *iusconstitucionalismo* logra hacer una crítica certera al *procedimentalismo* al mostrar cómo esta pregunta no puede ser respondida sin recurrir a la sustancia¹⁰³.

No hay duda de que las preguntas planteadas por el procedimentalismo deben ser abordadas por la teoría de la democracia. Es necesario tomarse en serio, como los procedimentalistas piden, los desacuerdos sinceros sobre principios existentes en sociedades plurales como las actuales. El problema se presenta al mostrar la realidad de los desacuerdos sobre principios en todos los ámbitos de la política, al tiempo que se ignoran los fuertes desacuerdos sobre la justificación de los procedimientos democráticos (ver Cohen, 1994; Rawls, 1996: 421 y ss.; Dworkin: 1985: 57-69).

Pero al reconocer el disenso en todos los campos (en el de las concepciones de lo bueno y de lo justo, así como en el de la teoría de la autoridad), las virtudes de la tesis procedimentalista se desdibujan y surge el mencionado problema de la reflexividad. Tal como lo afirma Christiano, «[e]l planteamiento ofrecido por Waldron sobre las bases de la democracia amenaza con llevar a una regresión o auto-derrota, o a depender del mismo consenso que con tanto esfuerzo trató de evitar. El problema es que si en todos los desacuerdos los individuos tienen que ser tenidos en cuenta en la solución, nos encontraríamos en el peligro de una regresión como resultado de los desacuerdos acerca de la

¹⁰³ Este argumento su tratado de manera inversa al estudiar la fundamentación garantista del control de constitucionalidad en el apartado 2. del **Capítulo I**.

igualdad, la democracia e incluso el valor de las tesis que Waldron mismo profesa. La teoría termina defendiendo finalmente nada» (2000: 538)¹⁰⁴.

La crítica de Waldron al consenso rawlsiano terminaría por afectar su propia defensa de la democracia procedimental, pues se vería en la necesidad de apoyarse en un consenso que no parece existir.

2.5. Las circunstancias de la política y el deber natural de justicia

La tesis procedimentalista expuesta en el apartado anterior puede ser entendida de otra manera. Si bien la crítica dirigida a Rawls hace pensar que los procedimentalistas asumen como fundamento del poder político la posibilidad de consenso sobre los procedimientos, existe la posibilidad de ofrecer otro sustento partiendo de la defensa de la teoría del deber natural asumida por Waldron.

En *Special Ties and Natural Duties* (1993b) defiende, como Rawls en *Teoría de la Justicia* (1971), la existencia de un deber natural de cooperar «en el establecimiento y sostenimiento de instituciones políticas que promuevan la justicia» (1993b: 29).

Este punto es relevante pues ayuda a entender las afirmaciones de Waldron sobre la justicia constitucional y evaluar su alcance desde otra perspectiva. Lo primero que debemos decir, sin adentrarnos en exceso en el debate sobre los

¹⁰⁴ Este problema se hace especialmente evidente al momento de analizar la pregunta sobre la *elaboración constitucional*, tal como lo estudia Goldoni (2014; existe traducción al español, 2015)

fundamentos de la obligación política¹⁰⁵, es que teorías del deber natural (como la defendida por Waldron) aceptan que el fundamento de la obligación política no depende del consentimiento. El deber¹⁰⁶ de los ciudadanos de obedecer las leyes de su país no surgiría de un acuerdo acerca de los procedimientos para resolver los demás desacuerdos en las circunstancias de la política, sino del hecho de que tenemos un deber natural de apoyar aquellas instituciones que promueven la justicia y nos sean aplicables.

El problema que encuentra Waldron en *Liberalismo Político* no es simplemente el hecho de que descansa sobre la base de un supuesto consenso sobre lo justo, sino –y sobre todo– porque su teoría no es capaz de dar cuenta de los desacuerdos sobre lo justo. Rawls no lograría explicar de manera coherente cómo se debe lidiar con el disenso sobre aquello que consideramos correcto, y no sólo sobre aquello que consideramos bueno.

Lo que necesitaría entonces Waldron es articular su teoría procedimental con el fundamento no consensual que significaría la existencia del deber natural de cooperar con el establecimiento y mantenimiento del Estado (suponiendo que éste sea una institución que promueva la justicia y nos sea aplicable).

¹⁰⁵ Sobre los deberes naturales (en especial el *deber de justicia*), ver Rawls 1971: 114-117. Para una crítica, ver Simmons, 1979: 143-156. Para una crítica desde una perspectiva asociativa, ver Dworkin, 1986: 190-216 y Horton, 1996; 1997.

¹⁰⁶ Uso *deber* y *obligación* como términos intercambiables. En la terminología rawlsiana los *deberes* «nos son aplicables sin importar nuestros actos voluntarios», mientras que las *obligaciones* «surgen como resultado de nuestros actos voluntarios» (Rawls, 1971: 13-15).

Aquí volvemos a las circunstancias de la política. La justicia es una de aquellas cuestiones que nos exige actuar de manera coordinada (Waldron, 1993b: 27-28); está inmersa entonces en las circunstancias de la política pues, a pesar de los desacuerdos, necesitamos un curso de acción común. Si, en un hipotético estado de naturaleza, cada uno de nosotros -de buena fe- tratara de implementar su propia concepción de lo que la justicia requiere (y lo hiciera por la fuerza cuando la persuasión no fuera posible), entraríamos en un estado de violencia que se sumaría a la situación de injusticia previa al intento de cada uno de nosotros de remediar dicha injusticia:

si existen muchas concepciones de la justicia y de los derechos disponibles en la comunidad, cada una soportada por su propia milicia convencida de la justicia de su causa, cualquier sentido de universalidad, reciprocidad o respeto por los demás se mantendrá como algo puramente académico. Debido a la presencia de patrones contrapuestos de coerción e imposición, ningún sentido de lo correcto prevalecería. En el mejor de los casos, cada individuo se encontraría en una especie de posición hobbesiana en la que mantendría su sentido de lo justo «*in foro interno*» (Waldron, 1996: 1561).

La consecuencia de esto es que, al reconocer 1) la necesidad de actuar en común para implementar un esquema de justicia y 2) el hecho de que reina el desacuerdo sobre cuál esquema de justicia debe ser implementado, el deber de justicia nos exige «asegurarnos que el uso de la fuerza esté dirigido a mantener un punto de vista [acerca de lo justo] y sólo un punto de vista –punto de vista que puede alguien, sin reparos, identificar como el de la comunidad, sin importar sus opiniones sustantivas acerca de la materia-» (Waldron, 1996: 1540).

Ahora bien, el deber de justicia nos exige someternos a aquellas instituciones que sean justas y que nos sean aplicables, pero añade Waldron que serían justas aquellas instituciones que se propongan «resolver los desacuerdos acerca de lo

que la justicia exige a través de alguna forma de votación entre aquellas personas sometidas a su jurisdicción», por lo que se podría decir que existe un deber natural de apoyar las «instituciones democráticas, instituciones que hacen llamados constantes al consentimiento popular» (Waldron, 1993b: 27).

Dicho de manera un poco más específica, una institución o grupo de instituciones (como el Estado) podría exigir a sus ciudadanos el sometimiento a sus normas cuando, además de solucionar el problema de coordinación existente en las circunstancias de la política, lo hace de manera justa. Dado que cada uno de nosotros tiene su propia opinión sobre lo que la justicia requiere, la única manera de llegar a una decisión que vincule a todos y sea justa con cada uno, es tomando esta decisión a través de un procedimiento que dé igual peso a la opinión de cada persona.

Esto es así pues una institución, para ser justa, no sólo debe «hacer algo que la justicia requiera», también debe ser justa «en la forma en que opera» (Waldron 1993b: 29). Para operar de manera justa debe reconocer el valor de cada una de las personas sujetas a su jurisdicción, lo que significaría un *compromiso con la igualdad* o, de manera más concreta, el compromiso de «dar *igual* peso al punto de vista de cada persona en el proceso a través del cual una opinión es elegida como la opinión del grupo» (Waldron 1999a: 114).

Debido a los límites de esta tesis, no entraremos a evaluar el éxito del intento de Waldron de defender la teoría de los deberes naturales como fundamento de la obligación política. Para el asunto que nos concierne, basta con mostrar la estructura del argumento y cómo Waldron evita fundamentar su posición en una teoría del consenso. Lo que sí nos interesa resaltar es que la defensa de los deberes naturales no libra a Waldron de los problemas de regresión, aun

cuando aceptemos la existencia de un deber natural de obedecer las leyes de un Estado que promueva la justicia.

Antes de comenzar a discutir el problema de los deberes naturales, veíamos cómo Waldron afirmaba que el principio de igual respeto por el juicio de cada persona exigía la igual participación en la toma de las decisiones colectivas, participación que se haría real a través de la representación y la regla de la mayoría.

La doctrina de los deberes naturales evitaría a Waldron la necesidad de recurrir al consenso pero, como lo decíamos, no lo libra del problema de la regresión. Tal como lo expresa Christiano (2000), frente al problema de los desacuerdos que afectan al principio de igual respeto por el juicio¹⁰⁷, la posición procedimentalistas tendría dos opciones. La primera es afirmar que la mejor manera de resolver los desacuerdos existentes sobre el alcance de los principios discutidos es el establecimiento de un procedimiento de segundo nivel que respete él mismo la igual participación. La segunda opción es ignorar los

¹⁰⁷ Christiano menciona cómo algunos autores consideran que el principio «exige la aplicación de la regla de la mayoría o llegar a algún consenso. Otros creen que cada cual debe seguir su propio camino. Algunos piensan que el voto plural es compatible con la exigencia de igual respeto. Algunos más piensan que los desacuerdos deben ser resueltos a través de un compromiso negociado entre las partes enfrentadas en asuntos sustantivos. Estos últimos disienten acerca de los procedimientos adecuados para lograr compromisos. [...] Así, parece que el problema de los desacuerdos golpea el corazón de la posición defendida por Waldron» (Christiano, 2000: 520).

desacuerdos sólo para el caso de la definición del procedimiento que servirá para resolver los demás desacuerdos¹⁰⁸.

La dificultad que encontraría la primera de las soluciones es que al momento de definir el procedimiento de segundo orden nos encontraríamos de nuevo con el desacuerdo que tratamos de solucionar en un primer momento. Si establecemos como regla que cada vez que enfrentemos un desacuerdo debemos recurrir de nuevo a un procedimiento, la regresión no tendría límite:

[d]e manera más concreta, si no podemos acordar un procedimiento que nos permita resolver disputas acerca de cuestiones sustantivas, debemos entonces recurrir a procedimiento para elaborar una constitución. Pero si no podemos llegar a un acuerdo sobre estos procedimientos, necesitaremos un procedimiento para decidir sobre las reglas aplicables a una convención constitucional (Christiano, 2000: 521).

Y aquí no terminarían los problemas. Si este regreso no fuera infinito y se llegara en algún momento, por ejemplo en el tercer nivel, a un acuerdo sobre un procedimiento, nada aseguraría que los procedimientos de primer nivel fueran mecanismos mayoritarios. Bien podría ocurrir que si, dado el caso, «acordáramos un procedimiento para establecer las reglas de una convención constitucional, que a su vez decida sobre los procedimientos para resolver las

¹⁰⁸ Waldron, en tono de desaprobación, afirma en *Law and Disagreement* que «he oído algunas personas decir- que si tiene sentido privilegiar alguno de los resultados en este caso [en la elección de procedimientos], ¿por qué no tiene sentido privilegiar alguno de los resultados en un caso ordinario en el que estén en juego cuestiones sustantivas y no procedimentales?», a lo que responde, como veremos más adelante, que «decidir entre los procedimientos A y B haciendo uso del procedimiento A como nuestro mecanismo de decisión, no es privilegiar A; es simplemente usarlo» (Waldron, 1999a: 301).

cuestiones sustantivas [...] el proceso elegido en el último nivel puede estar bien alejado de los mecanismos mayoritarios, incluso si el procedimiento de orden superior es mayoritario» (Christiano, 2000: 521). Es decir, incluso si la regresión tuviera límite, no habría una justificación para rechazar cualquier procedimiento no estrictamente mayoritario, pues aun siguiendo la regla según la cual debemos resolver los desacuerdos a través de mecanismos que respeten la igual participación, podría darse el caso de que el resultado final no fuera la regla de la mayoría.

Si, por el contrario, se recurre a la segunda opción y se dejan de lado los desacuerdos existentes al momento de decidir sobre los procedimientos que nos permitan decidir sobre cuestiones sustantivas, Waldron encontraría serios problemas para justificar dicha elección. Si bien en algún momento ofrece como argumento a favor de su elección del procedimiento mayoritario, el ser «una forma pragmática de resolver el problema» (1999a: 300) y afirma que el uso del procedimiento A en vez del procedimiento B no significa privilegiar el procedimiento A, sino «simplemente usarlo» (301), no se ve cómo esto puede ayudarle. Como bien afirma Aileen Kavanagh, surgen dudas sobre la legitimidad de dicho procedimiento, pues «[l]a afirmación de que un arreglo procedimental debe ser usado en detrimento de otro nos lleva a la pregunta de por qué *ese* arreglo puede exigir nuestro apoyo de manera especial» (2003: 469)¹⁰⁹.

Si debemos usar el esquema procesal elegido por Waldron (aplicación de la regla de la mayoría en instituciones representativas no supervisadas por cortes constitucionales), la pregunta obvia es por qué elegir ese procedimiento y no

¹⁰⁹ Este argumento ha sido criticado, en términos similares, por Cecil Fabre (2000: 277-278) y Bayón (120-121).

otro en el cual se establezcan mecanismos de control o se implementen formas de democracia directa o por sorteo.

No existe pues alternativa a la discusión sustantiva cuando debemos enfrentarnos a la pregunta de cuáles son los procedimientos a usar para decidir en medio de las circunstancias de la política (Gutmann y Thompson, 1996: 32; Bayón, 2004: 119).

2.6. La posibilidad de una defensa instrumentalista

La posición de Waldron no carece de argumentos para defender el valor del procedimiento mayoritario. El problema al que se enfrenta es que, para defender el procedimentalismo, se enfrenta a las mismas dificultades que servían de crítica contra el *iusconstitucionalismo*. Esto se ve de manera más clara en uno de los argumentos que de manera más reiterativa defiende Waldron al momento de mostrar la superioridad de la regla de la mayoría.

Como lo vimos en el apartado 1. del presenta capítulo, el *iusconstitucionalismo* se basa en algún tipo de instrumentalismo, es decir, considera que (parte) del valor de un procedimiento es la probabilidad de que dicho procedimiento nos lleve a la respuesta correcta acerca de las cuestiones que dicho procedimiento pretende resolver. El problema, dicen los procedimentalistas, es que dicha posición «supone la posesión de la verdad en cuestiones de derechos al momento de diseñar un procedimiento autoritativo» (Waldron, 1999a: 253). Pero precisamente la necesidad de un procedimiento parte de la falta de acuerdos sobre los mismos asuntos que los instrumentalistas establecen como presupuesto. Esto lleva a Waldron a afirmar (en una cita ya transcrita en el apartado 1.) que:

Las personas están en desacuerdo acerca de los derechos, también están en desacuerdo acerca de la mejor manera de razonar sobre derechos, así que no

pueden seguir colectivamente la instrucción «Concedan la autoridad de resolver los desacuerdos a aquellas personas y procedimientos que más probablemente lleven a la respuesta correcta» sin incurrir en una petición de principio.

De esto se sigue [...] que la teoría que rechaza el instrumentalismo de los derechos y que mantiene en su lugar que los titulares de derechos tienen el derecho de resolver los desacuerdos acerca de cuáles derechos comparten en iguales términos, es la única teoría de la autoridad basada en derechos plausible (Waldron, 1999: 254)¹¹⁰.

Pero la estrategia de Waldron no rinde los frutos esperados. Como bien lo dice Bayón, esta crítica implica una «confusión de planos». Cuando alguien defiende la inclusión de procedimientos que hagan más probable la defensa de algunos derechos que él considera fundamentales, no está afirmando que haya un acuerdo sobre dichos derechos, está simplemente «desarrollando [...] una deliberación *en primera persona*, en la que precisamente intenta determinar qué posición defenderá en la discusión colectiva» (Bayón, 2004: 119)¹¹¹.

¹¹⁰ También podemos pensar que un argumento análogo podría ser usado en contra de la posición defendida por Waldron. Dado que las personas están en desacuerdo sobre cómo deben operar los procedimientos democráticos bajo el principio de igual participación, no pueden seguir colectivamente la instrucción «concedan la autoridad de resolver los desacuerdos a aquellos procedimientos que de mejor manera implementen (o implementen de manera correcta) el principio de igual participación» sin incurrir en una petición de principio.

¹¹¹ Es además posible afirmar que existe una contradicción cuando Waldron afirma que «[l]a decisión por mayorías es descrita en ocasiones como mecánica e impersonal, una “cruda visión estadística de la democracia”. Pero lo que se puede ver como su naturaleza mecánica es el tributo que se debe pagar ante la necesidad de actuar de

Así que, si bien es cierto que no sería posible *seguir colectivamente* la instrucción «concedan autoridad a los procedimientos que con mayor probabilidad protejan los derechos», pues aún no sabemos, como colectividad, cuáles derechos y en qué sentido se deben proteger, sí podemos de manera individual determinar «cuál sería el procedimiento que protegería mejor los derechos -tal y como uno los concibe [...] y, una vez identificado, de promover la adopción por parte de la comunidad de *ese* procedimiento concreto» (Bayón, 2004: 119)¹¹².

común acuerdo [...]. Es un procedimiento mecánico precisamente porque recurrir a un procedimiento sustantivo reproduciría –no resolvería– el problema de decisión al que nos enfrentamos» (1999a: 117). Pero la imposibilidad de resolver el problema de decisión no parecería ser la dificultad a la que se enfrentan los procedimientos que incluyen pautas sustantivas y no meramente procedimentales. Lo cierto es que los procedimientos promovidos por los iusconstitucionalistas (mecánicos o no) resuelven el problema de decisión al que nos enfrentamos.

¹¹² Esto podría llevar a que, en efecto, defendiéramos una idea completamente minimalista de los mecanismos de decisión democrática, confiando en comisiones de expertos o jueces la protección de nuestros derechos «tal como uno los concibe». Frente a esto se pueden decir dos cosas. La primera es que el planteamiento, entendido de manera completa, exige tener en cuenta el valor intrínseco de la igual participación, por lo que la delegación de competencias decisorias en jueces y expertos tendría siempre esta limitante. Es decir, por alto que fuera el valor instrumental de un procedimiento al momento de garantizar un fin valioso, la autoridad que le asignemos a dicho procedimiento no puede ser tal que haga inoperante el principio de igual participación. Lo segundo, es que no podemos evitar, en algún momento, tomar decisiones sobre estos asuntos y, cuando lo hagamos, necesariamente corremos el riesgo de hacer un mal balance entre los diferentes principios en cuestión y este riesgo

Este instrumentalismo tendría, argumentan los procedimentalistas, un grave problema. Si bien es cierto que cada persona puede imaginar y defender aquellos procedimientos que de mejor manera protejan los derechos, tal y como ella los concibe, al hacerlo «necesariamente se privilegiará una visión controvertida» acerca de los derechos de los que son titulares todos los miembros de la colectividad (Waldron, 1999a: 116).

Pero, de nuevo, Waldron no puede negar que su propia posición es controvertida, que sobre los principios y procedimientos por él defendidos no hay ningún tipo de acuerdo y, por lo tanto, no puede de manera coherente criticar la inclusión de criterios controvertidos sobre derechos *por el hecho de ser controvertidos*, y a la vez defender procedimientos y principios afectados por la misma falta de acuerdos¹¹³.

lo corremos sea que adoptemos un instrumentalismo (moderado o no) o un modelo procedimental al momento de analizar el problema.

¹¹³ Es debido a la necesidad de todo planteamiento procedimentalista de basarse en valores sustantivos que Christopher Zurn afirma que la distinción entre procedimentalismo y sustantivismo debe asumirse como una «distinción analítica entre tipos ideales» que puede ser útil para resaltar los compromisos de cada posición. Es así que «incluso el más estricto defensor de la concepción procedimentalista de la legitimidad debe admitir que los procedimientos recomendados lo son debido a que dan forma o incorporan al menos algún valor, bien, norma o ideal sustantivo» (Zurn, 2002: 477-478). En igual sentido Zurn (2007: 77-80).

Capítulo III. El constitucionalismo deliberativo como alternativa al constitucionalismo político y jurídico

En el apartado 1. del **Capítulo II** analizamos la propuesta procedimentalista y las consecuencias que esta corriente derivaba de las circunstancias de la política. La necesidad de tomar decisiones comunes en medio de los desacuerdos obligaría, según los procedimentalistas, a adoptar mecanismos de decisión que respeten el igual derecho de participación de los ciudadanos. Esto llevaría a dejar de lado las soluciones instrumentales o sustantivas, pues éstas, al privilegiar una respuesta entre las muchas defendidas por diferentes sectores de la sociedad, no respetarían el principio de igual participación al no dar igual peso al juicio de cada persona.

En el apartado 2. del **Capítulo II** vimos los límites de esta crítica al observar cómo la misma propuesta procedimentalista (y probablemente cualquier otra solución que se sugiera) se ve en la necesidad de privilegiar algún punto de vista sobre los asuntos acerca de los cuales existe desacuerdo. La discusión sobre procedimientos no es una excepción e, incluso, podemos ver cómo al discutir sobre procedimientos los elementos sustantivos no pueden ser dejados de lado. Los procedimientos, como veremos más adelante, carecen de un valor propio. El valor que les asignamos se debe a su capacidad de realizar o proteger principios o derechos que sí pueden ser considerados fines en sí mismos y, por lo tanto, tienen un valor intrínseco.

Al defender un procedimiento, al justificar su elección en detrimento de las demás opciones, debemos -en palabras de Gutmann y Thompson- «deliberar acerca del valor sustantivo de los procedimientos alternativos», por lo que, incluso cuando nuestra discusión se centre en cuestiones de autoridad y no de

justicia (para volver a la distinción entre teorías de la justicia y teorías de la autoridad mencionada en **Cap.II/1.**), es necesario «incorporar la deliberación como una precondition para resolver de manera adecuada las disputas acerca de procedimientos» y, por tanto, «[l]a necesidad de tal deliberación mina un importante propósito del procedimentalismo, como lo es el de evitar los desacuerdos sobre cuestiones morales sustantivas en el terreno político» (1996: 32).

La presencia de cuestiones sustantivas y la reintroducción de los desacuerdos en asuntos procedimentales muestran que el procedimentalismo, tal como lo venían defendiendo Waldron o Bellamy, sufre de contradicciones difícilmente superables. Esto ha sido aceptado por el propio Waldron quién ha reconocido que «no todos los asuntos relacionados con los procedimientos son, por así decirlo, asuntos puramente procedimentales» y que, al discutir sobre procedimientos, «habrá derechos en juego en los dos lados de la balanza: de un lado, estará el derecho a participar como un igual, del otro, estarían los derechos que *ex hypothesi* serían mejor protegidos a través de procesos no participativos» (Waldron, 2006b: 64-65)¹¹⁴.

Si bien Waldron confía en poder demostrar que los «procedimientos no participativos» no logran hacer más probable la protección de los derechos fundamentales y, como consecuencia, el control de constitucionalidad seguiría careciendo de justificación, el plano en el cual se desarrolla la discusión ha cambiado de manera significativa. Se ha aceptado que para juzgar la

¹¹⁴ Nótese que al aceptar esto Waldron termina por aceptar también la posición que antes criticaba a Dworkin, lo que significa que ha asumido la necesidad de tener en cuenta tanto las *consecuencias distributivas* como las *consecuencias participativas* que se pueden derivar de un proceso político democrático (ver Dworkin, 2000: 186-188).

legitimidad del control de constitucionalidad no basta con afirmar la necesidad de proteger los derechos políticos y mostrar el valor de los procedimientos participativos.

Pero las críticas elevadas por Waldron y el estudio realizado en el **Capítulo I** muestran que la opción iusconstitucionalista es igualmente insatisfactoria, pues se limita a afirmar, por un lado, el valor de los derechos civiles y sociales y, por el otro, a defender los procedimientos constitucionales.

El debate, sin embargo, no tiene por qué estar reducido a estas dos opciones. Existe la posibilidad de buscar un enfoque diferente que permita reconocer el igual valor de los diferentes grupos de derechos, de tal manera que evite los dos tipos de reduccionismos en los que caen procedimentalistas y iusconstitucionalistas. A este enfoque alternativo le daremos el nombre de *constitucionalismo deliberativo*¹¹⁵, el cual defiende dos tesis centrales. La primera consiste en el reconocimiento del igual valor de los derechos civiles, sociales y políticos. Esta primera tesis se denominará *tesis de la equivalencia*. La segunda

¹¹⁵ El término *constitucionalismo deliberativo* ha sido usado por diversidad de autores inspirados en la teoría deliberativa de la democracia (Bohman, 1998; Zurn, 2007; Worley, 2009; García Jaramillo, 2015). Si bien no tiene un sentido claro, el constitucionalismo deliberativo hace referencia a los elementos necesarios para la constitución de una democracia deliberativa. Es en este sentido, esta corriente se identificaría con autores como Habermas (1998), Gutmann y Thompson (1996), Nino (1996), Gargarella (1996) o Zurn (2007). En la presente investigación el término hace referencia a dos características que serán estudiadas en el presente capítulo: la defensa del igual valor de los diferentes grupos de derechos (en la medida en que estos derechos son los que hacen posible la autonomía pública y privada) y la necesidad de atender al contexto en el cual las instituciones constitucionales actúan.

tesis consiste en la afirmación de la necesidad de analizar las condiciones en las cuales opera la justicia constitucional para determinar si, en unas circunstancias determinadas, se justifica o no el control de constitucionalidad. Esto es lo que se llamará *enfoque contextual*.

La tesis de la equivalencia puede, sin embargo, ser entendida de dos maneras. Según la primera, los derechos sociales y civiles se encontrarían en constante tensión con los derechos políticos, por lo que la protección de los primeros implicaría la restricción de los segundos, y viceversa. Esto exigiría hacer un balance en el cual se tuviera en cuenta la afectación de unos y la protección de otros.

La segunda concepción de la tesis de la equivalencia entiende que la relación entre los diferentes grupos de derechos no debe ser entendida como una relación de tensión y competencia. Para sus defensores, los derechos civiles, sociales y políticos no sólo tienen un igual valor, sino que son también interdependientes. Esto quiere decir que sólo pueden ser desarrollados de una manera satisfactoria en la medida en la que logren ser protegidos en su conjunto y que la protección de uno de los grupos de derechos mencionados no implica necesariamente la limitación de otro de los grupos de derechos.

El presente capítulo busca entonces mostrar las características propias de este *constitucionalismo deliberativo* que tiene como rasgos distintivos la defensa de la *tesis de la equivalencia* y el *enfoque contextual*. Para ello se estudiará en el apartado **1.** los elementos que separan al *constitucionalismo deliberativo* de los modelos de constitucionalismo estudiado en los **Capítulos I y II** (el *constitucionalismo jurídico* y el *constitucionalismo político*). Una vez hecho esto se pasará a estudiar en los apartados **2.** y **3.** las dos variantes del *constitucionalismo deliberativo*: la *agonal* y la *dialógica*.

1. *Igual valor de los derechos*

Las diferencias existentes entre los llamados *constitucionalismos político y jurídico* (estudiados en los capítulos I y II) y el *constitucionalismo democrático* (objeto de estudio del presente capítulo) pueden ser identificadas en torno a dos líneas. La primera de ellas es el valor que se le da a los diferentes grupos de derechos. Mientras *iusconstitucionalistas* y *procedimentalistas* consideran que existen jerarquías entre grupos de derechos, quienes defienden un *constitucionalismo democrático* afirman el igual valor de los diferentes grupos de derechos como elementos necesarios del gobierno democrático. La segunda línea que marca una diferencia entre estas corrientes es la consideración, por parte de los segundos, de la necesidad de tomar en cuenta las circunstancias en las cuales se espera que operen las instituciones constitucionales para determinar si están o no justificadas, mientras que los primeros entienden que de la sola afirmación de la validez de ciertos principios se deduce un modelo institucional válido en cualquier contexto.

1.1. *Constitucionalismo jurídico y constitucionalismo político: jerarquía de derechos y control de constitucionalidad*

Es posible afirmar que *iusconstitucionalistas* y *procedimentalistas* parten de una concepción de la constitución compartida. Es compartida en la medida en que, dada su amplitud y generalidad, da cabida a prácticamente todas las corrientes teóricas que asignen algún papel a la constitución dentro de su esquema. Esta característica ha sido identificada por dos autores tan lejanos en sus planteamientos y enfoques teóricos como Richard Bellamy y Luigi Ferrajoli.

Para Bellamy, el constitucionalismo es una corriente teórica que entiende que existe una serie de contenidos que toda sociedad democrática está comprometida a proteger y realizar, que toman forma en los derechos

fundamentales que expresan los ideales democráticos de igualdad y libertad (Bellamy, 2007: 3).

Lo que diferenciaría a unas corrientes de otras (en lo que se refiere a la defensa del control de constitucionalidad) no sería la aceptación de la necesidad de proteger y realizar estos derechos fundamentales, sino las diferentes maneras en que se debe llevar a cabo esta tarea. Para los defensores del *procedimentalismo* o *constitucionalismo político*, no es posible establecer (debido a los desacuerdos generalizados) «los resultados sustantivos que una sociedad comprometida con los ideales democráticos de igual consideración y respeto debe lograr», razón por la cual sólo a través de «un sistema de “una persona, un voto” [...], decisión a través de la regla de la mayoría [...] y competencia entre partidos en elecciones y en el parlamento», es decir, sólo a través de la adopción del modelo propuesto por el *constitucionalismo político*, pueden los ciudadanos verse a sí mismos como iguales. Para el constitucionalismo político, tal como es entendido por Bellamy, «el proceso democrático *es* la constitución» (Bellamy, 2007: 4-5).

Frente a esta concepción de la constitución como proceso, Ferrajoli entiende el *constitucionalismo político* como una «práctica y como concepción de los poderes públicos dirigida a su limitación, en garantía de determinados ámbitos de libertad» (Ferrajoli, 2011c: 17). Esta limitación se entiende como externa, en la medida en que no es garantizada por mecanismos *jurídicos internos* sino a través de mecanismos *políticos externos* al sistema jurídico (Ferrajoli, 2011c: 18)

¹¹⁶.

¹¹⁶ El constitucionalismo (tanto jurídico como político) no tiene por qué ser entendido, como lo hace Ferrajoli, centrado de manera exclusiva en la idea de *límites*. Sin restar importancia a la relevancia histórica que esta idea tuvo en el nacimiento del

Se contrapone a este *constitucionalismo político* el *constitucionalismo jurídico* o *legal*, el cual defiende la adopción de un «documento escrito, superior a la legislación ordinaria y protegido del cambio legislativo, justiciable y constitutivo del sistema político y jurídico» (Bellamy, 2007: 1). El *constitucionalismo jurídico* defiende la necesidad de establecer mecanismos de

constitucionalismo moderno, no deja de ser necesario tener en cuenta que la misma idea de constitución se refiere precisamente al hecho de *constituir* el poder político, de hacer posible el gobierno común. Así, «el poder está primero constituido como poder político a través de la misma constitución. A un gobierno se le da poder a través de la constitución; sin la constitución positiva del poder político, y su asignación y autorización de varias instituciones, en primer lugar, no habría ningún poder que controlar» (Zurn, 2007: 98).

Los mismos derechos civiles y sociales, que los constitucionalistas jurídicos entienden como límites a la autonomía pública, son vistos por autores como Habermas y Zurn como elementos necesarios para posibilitar dicha autonomía y no simplemente como sus límites:

Pero estos derechos [los derechos de libertad] son condiciones necesarias que no hacen más que posibilitar el ejercicio de la autonomía política; y como condiciones posibilitantes, no pueden restringir la soberanía del legislador, aun cuando no estén a disposición de éste, es decir, aun cuando éste no pueda disponer de ellos a voluntad. Las condiciones posibilitantes no imponen restricciones a aquello que constituyen (Habermas, 1998: 193-194)

Esta aclaración es relevante en la medida en que es posible rescatar una idea diferente de constitucionalismo que no esté necesariamente ligada a la desconfianza en las mayorías típica de posiciones como las de Ferrajoli, sino en la idea de gobierno democrático en el que diferentes instituciones tienen una *autoridad compartida* (dicho con los términos propuestos por Dimitrios Kyritsis) que establece un conjunto de relaciones en las que tanto las asambleas como los tribunales «participan en un proceso institucional conjunto dirigido al gobierno» (2015: 12).

protección de los derechos considerados fundamentales y suma a esto la afirmación de que es precisamente la justicia constitucional la institución llamada cumplir dicho papel¹¹⁷. Para los defensores del *constitucionalismo jurídico*, no implementar un sistema de revisión judicial de las leyes significaría desconocer la relación existente entre derechos fundamentales y democracia y, por tanto, su no establecimiento debe ser entendido como falta o ausencia de constitución¹¹⁸.

Esta distinción pretende mostrar la diferencia entre dos cuestiones que tienden a ser mezcladas cuando hablamos de constitucionalismo: lo que podría ser identificado con el constitucionalismo en el nivel de las ideas y lo que podríamos considerar como constitucionalismo en el nivel de las instituciones.

De esta manera distingue Comanducci (2011) los dos niveles a los que se referirían los conceptos de constitucionalismo político y jurídico de Ferrajoli (y aplicable a la distinción hecha por Bellamy). Para Comanducci, la distinción hecha por Ferrajoli entre constitucionalismo jurídico y político no aporta

¹¹⁷ Esta es la razón por la cual Tushnet considera que es más apropiado llamar a este tipo de constitucionalismo *constitucionalismo judicial* y no *jurídico* o *legal* (Tushnet, 2016: 2).

¹¹⁸ Tal como lo plantea Bellamy, «[e]l constitucionalismo legal busca tomar ciertos principios constitucionales fundamentales fuera de la política, asumiéndolos como límites sobre, fines y precondiciones del sistema político. Para ello hace uso de dos estrategias de despolitización. La primera consiste en el establecimiento de límites a la esfera política, señalando que determinados valores y áreas de la vida se encuentran por fuera del ámbito de la política. La segunda aplica una forma de política apolítica para discutir y decidir asuntos particulares [el recurso a tribunales y grupos de expertos]» (2007: 147).

claridad, toda vez que asigna un mismo nombre (constitucionalismo) a los «modelos de Estado constitucional y de Estado legislativo» y a «las doctrinas normativas o axiológicas relativas a tales modelos»¹¹⁹. Para el objeto de este trabajo, nos interesa la precisión hecha por Comanducci pues, como se verá, la opción elegida en el plano institucional por constitucionalistas y procedimentalistas se corresponde con una determinada manera de concebir, en el nivel de las ideas, las relaciones entre los diferentes grupos de derechos (civiles, políticos y sociales).

En el nivel de las ideas, el *constitucionalismo jurídico* asume una forma de entender las relaciones entre los diferentes tipos de derechos según la cual existen jerarquías o niveles entre estos (establece una determinada *prevalencia*) y se decanta por los derechos que protegen la autonomía individual (derechos civiles y sociales). El *constitucionalismo político* adopta, de igual manera, la tesis de la prevalencia, sólo que en su caso privilegia las libertades políticas.

A estas concepciones en el nivel de las ideas, se corresponden, en el nivel de las instituciones, diferentes modelos. Los *constitucionalistas jurídicos* optan por sistemas que incorporen cartas de derechos atrincheradas en constituciones rígidas que incluyen, además, mecanismos de control constitucional en cabeza de jueces independientes del poder ejecutivo y legislativo ¹²⁰. Los *constitucionalistas políticos* apoyan sistemas de democracia representativa que (no necesariamente) requieren de una constitución escrita, entienden

¹¹⁹ Para Comanducci, el constitucionalismo se refiere, en el nivel de las instituciones, al Estado constitucional y al Estado legislativo, mientras en el nivel de las ideas se referiría a las teorías neoconstitucionalistas y iuspositivistas.

¹²⁰ Ejemplos paradigmáticos del constitucionalismo jurídico pueden considerarse Ferrajoli (2011b), Dworkin (1996a) y Alexy (1993).

inconveniente el atrincheramiento de derechos fundamentales y, en ningún caso, consideran que el otorgar la última palabra a los jueces pueda considerarse como una opción democrática¹²¹.

Tenemos pues que, en el nivel de las ideas, es conveniente distinguir entre estos dos tipos de constitucionalismo. Los defensores de la constitución como proceso (*constitucionalistas políticos*), entienden que el respeto por el juicio elaborado por las personas como agentes morales debe ser respetado en el proceso político y esto sólo se garantiza a través de la protección del derecho de igual participación. Esta opción filosófica va acompañada por una defensa de un modelo institucional determinado en el cual se niega toda posibilidad de incluir entre las instituciones democráticas a la justicia constitucional (si esta tiene la última palabra) y defiende modelos de democracia representativa. De esta manera puede decirse que, en el nivel de las ideas, esta posición es acertadamente llamada *constitucionalismo político*, mientras que en el nivel de las instituciones defiende una forma concreta de organización del poder estatal, el *Estado democrático representativo*.

Los defensores de los límites jurídicos a los poderes políticos (*constitucionalismo jurídico*), entienden que el cuidado y respeto que las personas merecen sólo puede ser logrado si se protegen los derechos civiles y sociales, incluso si esto significa limitar los derechos políticos, cuyo valor es sólo instrumental. Así, es en el nivel de las ideas que se llama a esta corriente *constitucionalismo jurídico*, la cual, en el nivel institucional, apoya la implantación y mantenimiento de una forma concreta de organización del poder estatal, el *Estado democrático constitucional*.

¹²¹ Los principales defensores de esta corriente, como se había adelantado, son Waldron (1999a) y Bellamy (2007).

Ahora, si regresamos a la definición general de constitucionalismo, según la cual un sistema de este tipo entiende que existe una serie de derechos que todo sistema político legítimo debe buscar proteger, vemos cómo las propuestas *iusconstitucionalista* y *político-constitucionalista* difieren en la manera de entender las relaciones entre los diferentes grupos de derechos y en el modelo institucional recomendado.

La relación entre la propuesta filosófica (esto es, la propuesta en el nivel de las ideas) y la institucional, está determinada por dos elementos. El primero de ellos, como se ha visto, es consecuencia de la superior jerarquía que se le otorga a alguno de los grupos de derechos. El segundo elemento, se refiere a la relación que establecen los diferentes constitucionalismos con el modelo institucional elegido.

El constitucionalismo político asume la prevalencia del derecho de igual participación, pues considera que éste se constituye en el *derecho de los derechos*, dado que es este derecho el que permite determinar, a través de su ejercicio en condiciones de igualdad, qué derechos tenemos y cuáles son sus límites (Waldron, 1999a: 232 y ss.). Habría entonces una diferencia de nivel, pues a través de este derecho-poder tenemos la posibilidad de participar en la toma de decisiones que configuran la asignación de cargas y beneficios en una comunidad dada (Waldron, 1999a: 233).

Esta preeminencia otorgada al derecho de igual participación en el nivel de las ideas se traduce de forma automática en el plano institucional en una defensa del Estado democrático representativo, pues se considera que siempre que toman forma las instituciones y procedimientos que lo componen, el derecho de igual participación es garantizado. Esto quiere decir que siempre que haya votaciones exentas de coacción, competencia entre partidos para la

asignación de sillal en las asambleas legislativas y las decisiones sean tomadas a través de la regla de la mayoría, los miembros de la comunidad política pueden decir que su derecho a una igual voz en los asuntos comunes ha sido respetado¹²².

El *constitucionalismo jurídico* asume la prevalencia de los derechos civiles y sociales, los cuales se constituyen en límites a los derechos de participación¹²³. Para los *iusconstitucionalistas* esto significa que, en el plano institucional, sólo una forma de gobierno que incorpore garantías para estos derechos a través del establecimiento de tribunales conformados por jueces independientes de las mayorías políticas, encargados de expulsar del sistema jurídico las decisiones de los representantes políticos que desconozcan los derechos protegidos, puede ser considerada legítima. En un gobierno así establecido, cada ciudadano puede considerarse como un miembro de igual derecho de la comunidad política,

¹²² Es en este sentido que Waldron entiende como *insulto* el que un tribunal constitucional pueda declarar inválida una norma, desplazando la toma de decisiones sobre los asuntos tratados por la ley de los órganos de representación popular a los jueces:

Quizás la condición de adecuación del derecho a participar tiene menos que ver con una perspectiva mínima de impacto decisivo y más con evitar el insulto, el deshonor o la denigración inmersa en el hecho de que la opinión de una persona sea tratada como si tuviera menor valor que las opiniones de otras personas en asuntos que la afectan a ella tanto como a los demás» (Waldron 1999a: 238).

¹²³ Estos derechos establecen, en el garantismo defendido por Ferrajoli, lo *indecidible que* y lo *indecidible que no* (2011b: 22). Una idea similar es defendida por Alexy al hablar de la *constitución como orden marco*, según la cual los derechos en ésta consagrados determinan aquello que la constitución prohíbe, exige y permite (Alexy, 2002: 18 y ss.).

pues sus derechos civiles y sociales, garantía de su autonomía, han sido debidamente respetados.

Pero nótese cómo ambas formas de constitucionalismo asumen como natural la unión de sus tesis filosóficas y sus opciones institucionales. Esto no deja de ser extraño, pues una cosa es afirmar el valor que pueda tener un derecho y otra distinta considerar que un determinado arreglo institucional necesariamente y en toda circunstancia, lo realiza o protege.

1.2. El igual valor de los derechos civiles, políticos y sociales

Como veíamos, una de las características que identifican tanto al *constitucionalismo jurídico* como al *constitucionalismo político* es la posición privilegiada que otorgan unos y otros a ciertos derechos (los primeros a los derechos sustantivos, los segundos a los derechos de participación). En el caso de los *constitucionalistas jurídicos*, la relación que éstos establecen entre democracia y derechos está construida sobre el presupuesto de que los derechos civiles y sociales tienen una posición de preeminencia dentro del conjunto de derechos, razón por la cual los derechos de participación son vistos como derechos subordinados y limitados por los derechos civiles y sociales. Por esta razón, los autores *iusconstitucionalistas* se refieren a los derechos de participación como medios para la protección y desarrollo de los demás derechos. En cuanto herramientas útiles a dicho fin, se garantiza su espacio dentro de las instituciones democráticas. En caso contrario, es decir, si se considera que existen otros mecanismos que desarrollan y protegen de mejor manera los derechos sociales y civiles, deben entonces preferirse estos otros.

Para los *constitucionalistas políticos*, por el contrario, el derecho de igual participación se presenta como el *derecho de los derechos*. Dado que determinar el contenido de los derechos civiles y sociales sólo es posible a través del ejercicio

de los derechos de participación, no es posible considerar a estos últimos como límites a los primeros: es el derecho de participación el que nos permite determinar qué derechos tenemos y cuáles son sus límites (Waldron, 1999a: 232 y ss.)

A pesar de defender tesis opuestas sobre la legitimidad del control de constitucionalidad, iusconstitucionalistas y procedimentalistas asumen ambos la existencia de relaciones jerárquicas entre los diferentes grupos de derechos (civiles, sociales y políticos), razón por la cual consideran que ciertos grupos de derechos tienen preeminencia sobre otros. Defienden por tanto la prevalencia de un grupo de derechos sobre los otros¹²⁴. En el caso del *constitucionalismo jurídico* los derechos que gozarían de preeminencia serían los relativos a la autonomía personal. En el caso del *constitucionalismo político* se privilegiarían los derechos de libertad política.

Por el contrario, el *constitucionalismo deliberativo* defiende el igual valor de los diferentes grupos de derechos, es decir, su *equivalencia*. Según esta posición, los derechos de participación deben ser considerados en pie de igualdad con los demás derechos y libertades consagrados en la constitución. Al negar una posición privilegiada a cualquiera de estos derechos, se entiende que el compromiso de las instituciones democráticas es la protección y realización de

¹²⁴ Esta tesis de la prevalencia es la que Habermas identifica al criticar las tradiciones políticas liberal y republicana:

[L]a tradición política «liberal» o lockeana concibe los derechos humanos como la concreción de la autonomía moral y los considera prioritarios en relación con la soberanía popular, mientras que la tradición «republicana» concibe la soberanía popular como la expresión de la autorrealización ética de un pueblo y le otorga prioridad sobre los derechos humanos (Habermas, 1994: 221).

todos los derechos constitucionales, tanto las libertades individuales, como los derechos sociales y los derechos de participación política.

Al exigir tomar en cuenta la protección de los derechos en un sentido que abarque el conjunto de derechos consagrados en la constitución, la tesis de la equivalencia obliga a analizar el conjunto de procedimientos existentes hoy en las democracias constitucionales y a estudiar el papel de cada uno de éstos, así como el posible valor que les podemos asignar. No podríamos asumir, como hacen los constitucionalistas jurídicos, que los derechos de participación tienen importancia tan sólo en la medida en que su ejercicio a través de los procedimientos democrático-representativos sirve como instrumento útil para la protección y realización de los derechos de libertad o derechos sociales. Tampoco, como hacen los defensores del constitucionalismo político, podríamos negar todo el posible valor que pudieran tener los procedimientos no participativos, pues estos tienen la capacidad de incidir de forma relevante en la protección de otros derechos.

Esta forma de entender las relaciones entre los diferentes grupos de derechos y su igual valor, así como la manera en que esto afecta el debate sobre la legitimidad democrática del control de constitucionalidad, ve como un error la forma en que el *iusconstitucionalismo* entiende la participación política, esto es, la concepción según la cual la libertad política está subordinada o se encuentra en tensión con los derechos sociales y civiles. De igual manera, la posición *procedimentalista* según la cual existiría una primacía de los derechos de participación sobre los demás derechos no puede ser considerada como satisfactoria.

En este sentido, la crítica de Waldron (1993a: 27-28) según la cual el constitucionalismo jurídico entra en contradicción al reconocer a los

participantes como *personas morales* y, a su vez, negarles la capacidad de tomar decisiones acerca de la forma en que deben gobernarse en común, era certera. Pero, de igual manera, podría decirse que una defensa de los derechos de participación basada en la idea de capacidad moral de las personas, pero que no reconoce la necesidad de proteger los derechos que permiten precisamente la elaboración de juicios morales autónomos es, por lo menos, incompleta. Por esta razón la tesis de la equivalencia considera necesario tener en cuenta tanto los derechos vinculados a la autonomía privada (derechos sociales y derechos civiles) como aquellos vinculados a la autonomía pública¹²⁵.

El establecimiento de jerarquías entre derechos es considerada equivocada no sólo por su incapacidad de dar una explicación teórica de las relaciones existentes entre los diferentes tipos de derechos y su interdependencia, sino por confundir de manera recurrente los derechos y los procedimientos e instituciones establecidos para su realización. Se asume por los constitucionalistas que los derechos se establecen como límites a la

¹²⁵ Como bien han expuesto autores de diversas corrientes al referirse a las llamadas precondiciones democráticas, los procedimientos mayoritarios adquieren todo su valor cuando se desarrollan en contextos en los cuales las personas pueden ejercer sus derechos de participación de forma autónoma. Esta idea puede ser encontrada en diversos autores partiendo de bases teóricas diferentes. Así, Bobbio (2001: 26-27; 2003: 460) y Bovero (2002: 48-51), asumen una definición (considerada por ellos) *formal* en la cual se entiende que los derechos liberales y sociales son precondiciones del gobierno democrático. A igual conclusión llega Nino (1997: 190-195) a través de su defensa del valor epistémico de la democracia, siendo los derechos de libertad y los derechos sociales las condiciones que permiten asignar un valor epistémico a los procedimientos democráticos o Habermas (1998: 193-194) al defender la co-originalidad de la autonomía privada y pública.

participación política, como si estos se impusieran por sí mismos y de manera automática, sin asumir que la institucionalización de los derechos en las democracias constitucionales consiste en el establecimiento de tribunales constitucionales con capacidad de decidir sobre los derechos.

No son los derechos (o no únicamente) los que limitan a las mayorías, sino las decisiones de los tribunales las que establecen los límites de lo decidible. Lo mismo puede ser dicho del *procedimentalismo*. Asume que el voto, la competencia entre partidos y la regla de la mayoría son ellos mismos los derechos de participación y no tan sólo una forma posible en que estos pueden tomar forma institucional y que, en muchos casos, pueden no ser suficientes para hacer realidad la participación política. Las relaciones que tanto *procedimentalistas* como *iusconstitucionalistas* establecen entre los derechos que consideran primordiales (los que garantizan la libertad pública para unos y la libertad privada para otros) y sus diseños institucionales preferidos son entendidos de manera automática. Se asume que el modelo de Estado democrático-representativo o constitucional es la consecuencia obvia de asumir la preeminencia de los derechos de participación o de libertad.

1.3. Constitucionalismo jurídico y político como opciones institucionales

La defensa de esta jerarquía entre derechos no es entonces la única característica que emparenta las tesis *político-constitucionalista* y *iusconstitucionalista*. Los autores que defienden uno u otro modelo constitucional afirman que de sus tesis en el plano filosófico se deriva un determinado diseño institucional.

Para los defensores del constitucionalismo jurídico, de la condición de límite o barrera de los derechos civiles y sociales a los derechos de participación se deriva la necesidad del establecimiento de mecanismos de control de constitucionalidad y esto sería así independientemente del contexto en que

estas instituciones puedan operar. El establecimiento de esferas de lo decidible o marcos constitucionales implica defender el establecimiento de instituciones como los tribunales constitucionales: la idea de los derechos como *límites a cualquier poder* implicaría asumir la defensa de un modelo de Estado democrático-constitucional, en el cual se daría una combinación de instituciones de representación democrática acompañada de instituciones de garantía encarnadas por jueces constitucionales a quienes se les otorga la *última palabra* en lo relativo al contenido y límite de los derechos¹²⁶.

Por su parte, los *procedimentalistas* (defensores de la constitución como proceso) consideran que la posición privilegiada de los derechos de participación hace imposible la justificación de la justicia constitucional. El derecho a una igual participación se traduciría en el ámbito institucional en la adopción de un modelo de Estado democrático-representativo en el cual los representantes del pueblo elegidos a través de un proceso de competencia electoral entre partidos son los llamados a determinar el contenido y límite de los derechos constitucionales. Los derechos políticos exigen no sólo el establecimiento de instituciones representativas, sino que la sola existencia de estas formas de representación política es suficiente para la satisfacción de las exigencias derivadas del principio de igual participación, sin importar las circunstancias o contexto en que dichas instituciones representativas operan¹²⁷.

¹²⁶ En palabras de Prieto Sanchís, quienes identifican la supremacía constitucional con la justicia constitucional, asumen que «la existencia de una Constitución como norma suprema reclama como corolario indispensable la presencia de una garantía jurisdiccional» (2003: 155).

¹²⁷ Aquí, de nuevo, debe aclararse que Waldron parece desligarse de este análisis acontextual en *The core of the case against judicial review* (2006).

En resumen, las dos formas de constitucionalismo mencionadas aceptan lo que hemos llamado la *tesis de la prevalencia*, a la que acompañan de un *enfoque acontextual* al momento de analizar las diferentes opciones institucionales. Esto tiene una consecuencia importante al momento de analizar la forma en que ambas corrientes abordan el problema de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad.

Es el establecimiento de jerarquías entre derechos, sumado al análisis acontextual, lo que lleva a los defensores del constitucionalismo (tanto jurídico, como político) a considerar que esta prevalencia de uno y otro tipo de derechos exige la adopción de un modelo institucional determinado. La prevalencia de los derechos civiles y sociales haría necesario adoptar modelos de justicia constitucional fuerte para proteger dichos derechos en contra de sus posibles amenazas mayoritarias. La prevalencia de los derechos políticos exigiría la adopción de mecanismos de democracia representativa y, además, prohibiría la inclusión de sistemas de justicia constitucional que otorguen la *última palabra* a los jueces.

El *constitucionalismo deliberativo*, a diferencia de estas dos corrientes, no sólo se separa de la tesis de la prevalencia de algunos derechos, sino que entiende que la respuesta a la pregunta sobre qué instituciones son adecuadas para establecer un gobierno democrático depende de las circunstancias en las cuales dichas instituciones deben operar. Esta fue precisamente la posición que defendió un autor que para muchos podría ser considerado como iusconstitucionalista: John Rawls.

Como es conocido, Rawls se mostró siempre como un defensor del modelo institucional propuesto por el constitucionalismo jurídico. Es celebre su calificación de la Corte Suprema norteamericana como *modelo de razón pública*

(1996: 231-240). Este apoyo al modelo institucional constitucionalista (al Estado democrático constitucional) no era, sin embargo, entendido en términos absolutos. Es decir, no lo entendía como una derivación necesaria del compromiso con las libertades públicas y privadas. Como lo afirmara en su respuesta a Habermas, Rawls consideraba que la decisión de optar por un modelo institucional en el que se incluyera o no una carta de derechos y mecanismos de revisión de las leyes, dependía no de nuestro compromiso con los derechos (o no solamente), sino del estudio histórico y de la comprensión del funcionamiento de las instituciones democráticas (1996: 415).

Para Rawls:

Las diferencias de opinión aquí dependerán en buena medida de cómo sopesemos la evidencia histórica sobre la efectividad de las protecciones constitucionales y si estas presentan inconvenientes, como el de debilitar la democracia misma. Sin importar cuán atractivos puedan aparecer a primera vista los límites a la legislación, el estudio de la evidencia, los casos históricos y el pensamiento político y social pueden sugerir algo distinto (1996: 415).

En el texto citado puede verse que para Rawls, al momento de estudiar la legitimidad del control de constitucionalidad, no basta con aclarar en el plano filosófico cuál es la relación existente entre los diferentes grupos de derechos. Es además necesario atender al contexto en el cual dichas instituciones operan o se espera que operen¹²⁸. Esto consiste el *enfoque contextual* que defiende el *constitucionalismo democrático*.

¹²⁸ Puede llegar a afirmarse que este sería, si se entiende correctamente, la posición de Dworkin. Como se mencionó en el numeral 1.1., para Dworkin una correcta concepción de la democracia exigiría tener en cuenta tanto las consecuencias participativas como distributivas «de manera conjunta, como partes conectadas de una

Este último, al asumir en el plano filosófico el igual valor de los diferentes grupos de derechos y en el plano institucional la necesidad de adoptar un *enfoque contextual*, entiende que, de la afirmación del igual valor de los derechos vinculados a la autonomía pública y privada, no se deriva la exigencia de un determinado modelo institucional. A diferencia de las dos corrientes estudiadas, el *constitucionalismo deliberativo* no se encuentra ligado a un modelo institucional determinado, razón por la cual puede, en algunos casos (y siempre atendiendo al contexto) considerar conveniente un modelo de Estado democrático representativo (normalmente ligado al *constitucionalismo político*) o un modelo de Estado democrático constitucional (ligado al *iusconstitucionalismo*)¹²⁹.

concepción general en la cual ninguna de sus partes se mantiene completamente independiente» (Dworkin, 2000: 188). Es esto lo que lo llevaría a entender que, si bien el control de constitucionalidad no debe ser entendido como *necesariamente* antidemocrático, tampoco puede ser supuesto sin más que su instauración signifique un avance democrático. En *Justice for Hedgehogs* afirmaba: «El hecho de que este argumento [a favor del control de constitucionalidad] sea o no exitoso para alguna comunidad política depende obviamente de un cúmulo de factores que varían de lugar en lugar. [...] La revisión judicial de las leyes puede bien ser menos necesaria en naciones donde mayorías estables tengan un historial sólido de protección de la legitimidad de su gobierno al identificar y respetar correctamente los derechos de los individuos y las minorías» (2011: 398).

¹²⁹ En este sentido, la tesis contextual se apartaría de lo que podría considerarse como un *universalismo institucional*, el cual defendería modelos institucionales que se considerarían adecuados para cualquier sociedad. Si bien puede decirse que se parte de una base universalista, en la cual las instituciones adoptadas deben «estar al menos en consonancia con principios morales, los cuales pretenden también validez general

Afirmar que el enfoque contextual es el adecuado al momento de analizar la legitimidad democrática del control de constitucionalidad, es entender que la forma en que se interrelacionan los diferentes procedimientos y su capacidad de proteger o realizar los diferentes derechos marca el resultado del análisis sobre la legitimidad de las diferentes propuestas institucionales: «efectivamente, la justificación de un control judicial de constitucionalidad no debe apelar a la lógica, sino a consideraciones prácticas» (Prieto Sanchís, 2003: 156). Si esto es así, y debido a que en diferentes circunstancias los diferentes procesos tendrán un grado de eficacia variable, la respuesta final a la pregunta sobre la justificación del control de constitucionalidad o de la supremacía parlamentaria variará en circunstancias diversas¹³⁰.

allende la comunidad jurídica concreta» (Habermas, 1998: 357), dichas instituciones deben respetar dichos «principios universalistas de justicia en el horizonte de una forma de vida determinada, caracterizada por constelaciones valorativas particulares» (Habermas, 1998: 358).

¹³⁰ Esta posición (que aquí llamamos contextual, siguiendo la denominación hecha por Bayón), es acogida hoy por número importante de autores como el citado Bayón (2004), Gutmann y Thompson (1996), Sadurski (2002), Moreso (2000), Christiano (1996; 2008), Kyritsis (2012) y el mismo Waldron a partir de *The core of the case against judicial review* (2006).

2. *Derechos civiles, sociales y políticos: derechos en tensión.*

Una vez delineadas las principales diferencias entre los *constitucionalismos político y jurídico* (defensores de la tesis de la jerarquía entre derechos) y el *constitucionalismo deliberativo*, pasaremos en este segundo apartado a estudiar la forma en que el llamado *planteamiento rawlsiano* concibe el igual valor de los derechos de participación política y los derechos sustantivos (civiles y sociales). De forma muy general, el *planteamiento rawlsiano* entiende que «tanto la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas [el respeto a los derechos políticos] como el respeto de los derechos que garantizan la autonomía individual de las personas [los derechos civiles y sociales] son componentes igualmente esenciales e irrenunciables de un liberalismo político consecuente». Pero esta afirmación, advierte Bayón, no significa «que no haya tensión entre uno y otro», razón por la cual «la justificación de un diseño institucional depende de un balance entre su valor intrínseco (cuya estimación depende a su vez, en último término, del modo en que se articule el ideal de la igualdad política) y su valor instrumental (que depende de las circunstancias específicas de la comunidad política en que se aplique)» (Bayón, 2004: 106)¹³¹.

¹³¹ Como el mismo Bayón advierte, el *planteamiento rawlsiano* se apoya en el Rawls de *A Theory of Justice*. En *Political Liberalism*, Rawls parece defender una posición en la cual el derecho de participación no ocuparía el mismo lugar. Esta contradicción también la menciona Ovejero (2008: 219-224) al tratar la virtud cívica (*El problema (de Rawls) con la virtud*), en donde muestra cómo en *Political Liberalism* (1996: 206) el profesor norteamericano defendía la participación política en términos puramente instrumentales. *Contra* Bayón, se podría decir que ya desde *A Theory of Justice* la posición de Rawls es contradictoria. Junto a las muchas citas que aporta Bayón en las cuales Rawls defiende el valor intrínseco del principio de igual participación (como

Según este planteamiento del problema de la legitimidad del control de constitucionalidad, es necesario tener en cuenta tanto el valor intrínseco de la igual participación (o libertad política), como el (posible) valor instrumental de la justicia constitucional.

Esta posición, además de aceptar la tesis de la equivalencia (el igual valor de los derechos), se caracteriza por otros tres elementos que estudiaremos en este apartado. El primero de ellos (apartado 2.1.) es que identifica, al igual que los *procedimentalistas*, la participación política con los procedimientos representativos, lo que llevaría a pensar a los defensores de esta tesis que toda restricción de dichos procedimientos significa una restricción de los derechos de participación política. El segundo elemento (apartado 2.2.), que se deriva del anterior, consiste en la consideración de que los procedimientos mayoritarios

cuando dice que la libertad política «fortalece la conciencia del propio valor, acrecienta la sensibilidad intelectual y moral y aporta las bases para un sentido del deber y la obligación de los cuales depende la estabilidad de las instituciones justas» (Rawls, 1971: 234)), encontramos otras en las cuales afirma como compatible con su teoría de la justicia considerar la igual participación como «menos esencial puesto que su papel principal es proteger las demás libertades» (1971: 230). A pesar de estas contradicciones, la posición de Rawls queda claramente fijada en su extensa respuesta a las críticas elevadas por Habermas (1996: 372-433) en donde niega defender que «las libertades políticas sean sólo instrumentales, tampoco que no tienen espacio en la vida de la mayoría de las personas. De hecho, insistiría en que las libertades políticas tienen un valor político intrínseco en al menos dos sentidos: primero, al jugar un papel significativo o incluso predominante en la vida de muchos ciudadanos comprometidos de una manera u otra en la vida política y, segundo, estas libertades, si son respetadas, se convierten en una de las bases sociales del auto-respeto de los ciudadanos y, de esta manera, en un bien primario entre otros» (1996: 404).

tienen valor por sí mismos, lo que los diferenciaría de los procedimientos constitucionales, los cuales derivarían su valor de la capacidad de proteger los derechos sustantivos. El tercer y último elemento (apartado 2.3.) se refiere a la posición asumida al momento de analizar las relaciones entre derechos. Para quienes aceptan el *planteamiento rawlsiano*, existe una tensión necesaria entre los derechos políticos y los derechos civiles y sociales, razón por la cual los mecanismos establecidos para la defensa de estos últimos terminan siempre por afectar la protección de los primeros.

2.1. Valor intrínseco y valor instrumental en el *planteamiento rawlsiano*

El *planteamiento rawlsiano* se presenta como una alternativa a la dicotomía *iusconstitucionalismo/procedimentalismo* en la medida en que pretende superar la reducción que ambas corrientes representan al fijar *la justicia de un diseño institucional* en su relación con un solo grupo de derechos al que otorgan una posición prevalente¹³². A diferencia de estas corrientes, el *planteamiento rawlsiano* entiende que la exigencia de igual libertad incluye «no sólo la protección de las libertades personales fundamentales, sino también el aseguramiento de un "status común de igual ciudadanía" ([Rawls, 1971: 199]), esto es, también el "principio de (igual) participación" ([Rawls, 1971: 221]) o de la "libertad política" entendida como "la libertad de participar en pie de igualdad en los asuntos políticos" ([Rawls, 1971: 201])» (Bayón, 2004: 107).

¹³² El *planteamiento rawlsiano* está integrado por dos elementos: el balance del valor intrínseco de los procedimientos de participación política y el valor instrumental de los procedimientos constitucionales, por un lado, y de la necesidad de asumir un enfoque contextual por el otro (Bayón, 2004: 107). Aquí nos ocupamos de manera exclusiva del primero de los elementos.

Dado que la exigencia de iguales libertades para todos «da prioridad al sistema de libertades básicas en su conjunto, no a la libertad política sobre las libertades personales ni a la inversa», la forma adecuada para determinar si un diseño institucional determinado se encuentra o no justificado «depende de un balance entre la extensión que alcance en él la “igual libertad política” y su mayor o menor aptitud para asegurar la protección del resto de las libertades» (Bayón, 2004: 108).

En resumen, dice Bayón, «para enfocar correctamente la discusión de los problemas de fundamentación del constitucionalismo hay que partir [...] de las ideas nucleares de un planteamiento rawlsiano: la participación democrática en la toma de decisiones públicas es intrínsecamente valiosa; precisamente por ello todo mecanismo contramayoritario es *prima facie* disvalioso, con lo que su implantación resulta especialmente necesitada de justificación (y plantear una objeción democrática al constitucionalismo no es más que subrayar esto); de todos modos, esa justificación es posible si los mecanismos contramayoritarios aseguran un mayor valor instrumental y lo hacen en un grado suficiente como para compensar su falta de valor intrínseco; y en definitiva, si se entiende por un lado que la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas es *uno* de nuestros derechos, y, por otro, que el posible mayor valor instrumental de los mecanismos contramayoritarios se refiere a su hipotética mayor aptitud para proteger adecuadamente *el resto* de ellos, el problema de la justificación del constitucionalismo debería ser concebido esencialmente como la resolución de un *conflicto de derechos*» (Bayón, 2004: 109).

Antes de continuar con las posibles tensiones que se presentan entre los mecanismos de protección de los diferentes grupos de derechos, haremos una breve referencia a la distinción hecha por Bayón entre valor intrínseco y valor instrumental, a través de los diferentes modelos de justicia procesal

mencionados por Rawls en *A theory of justice*: los modelos de justicia procesal pura, perfecta e imperfecta.

2.1.1. Valor instrumental de los procedimientos

La separación entre valor instrumental y valor intrínseco es introducida por Bayón (2004: 93-94) al discutir la tesis de Moreso (2000) según la cual las democracias constitucionales son casos de justicia procesal imperfecta. Esto, como se adelantó, hace referencia a la distinción entre tres modelos de justicia procesal propuesta por John Rawls (pura, perfecta e imperfecta). Para el filósofo estadounidense, nos hallamos ante un sistema de justicia procesal pura cuando carecemos de criterios de evaluación independientes al proceso mismo. En estos casos –como podría ser en el caso de una lotería-, si el proceso es justo, los resultados lo serían también, pues carecemos de criterios diferentes al proceso para evaluar los resultados¹³³.

Si, por el contrario, tenemos criterios de evaluación independientes, nos encontramos entonces ante casos de justicia procesal perfecta e imperfecta. Será un caso de justicia procesal perfecta cuando se cumplan dos condiciones: primero, contamos con un criterio de justicia independiente para juzgar el resultado del proceso y segundo, el procedimiento asegura la consecución del resultado esperado¹³⁴. Por su parte, los casos de justicia procesal imperfecta

¹³³ Como bien lo anota Zurn, incluso el modelo de justicia procesal pura descrito por Rawls deriva su legitimidad en última instancia de criterios sustantivos: «la legitimidad de los resultados resulta no sólo del hecho de seguir el procedimiento, sino también de la suposición de que el procedimiento satisfará o pondrá en operación un ideal sustantivo, a saber: equidad, corrección o justicia» (Zurn, 2002: 478).

¹³⁴ Como ejemplo de justicia procesal perfecta Rawls ofrece el de un grupo que desea repartir una tarta y establece la regla de que quien haga la división sea el último en

serían aquellos en los que contamos con criterios independientes al proceso para determinar la justicia de los resultados, pero el procedimiento mismo no es garantía de que obtendremos los resultados esperados. El ejemplo que nos ofrece Rawls para este tipo de justicia procesal es el proceso penal, que es un procedimiento «establecido para buscar y establecer la verdad» acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado. En este caso, se examinaría «qué procedimientos probatorios y similares están mejor calculados para lograr este propósito [llegar a la respuesta correcta acerca la de la culpabilidad del acusado] de manera compatible con los demás fines del derecho» (Rawls, 1971: 85). Pero a pesar de ser calculado para llevar a una respuesta correcta, el procedimiento penal no puede garantizar que un inocente no sea condenado o un culpable dejado libre.

La tesis que defiende Moreso es precisamente que la democracia constitucional es un caso de justicia procesal imperfecta. Si aceptamos la protección de los derechos fundamentales como un fin que debe ser perseguido por nuestro sistema político, debemos buscar entonces el establecimiento de «instituciones políticas que aumente[n] la probabilidad de obtener decisiones políticas que no violen esos derechos básicos» (Moreso, 2000: 40). Podemos ver que en la propuesta de Moreso los procedimientos mayoritarios y los constitucionales se evalúan de manera conjunta. La suma de ambos es la que se considera un caso de justicia procesal imperfecta y no se tiene en cuenta otro resultado diferente a la protección de los derechos fundamentales. El problema, presentado de esta manera, deja de lado cuestiones de vital importancia como

recibir su porción (dando por supuesto que el resultado justo es que cada persona reciba una porción igual) (Rawls, 1971: 85).

lo son las consecuencias participativas al momento de evaluar los procedimientos.

Este punto no es de ninguna manera menor y exige plantearse si los tres modelos de justicia procesal agotan todas las posibilidades (Bayón, 2004: 32; Beitz, 1989). Para Beitz, al momento de determinar si un procedimiento es o no equitativo, no basta con evaluar los resultados del procedimiento, es decir, las decisiones tomadas a través de él. Existen también «criterios de equidad no orientados a los resultados relativos al proceso mismo», por lo cual «[u]n juicio global acerca de la justicia de dichos procedimientos requiere que lleguemos a un compromiso entre las divergentes consideraciones en juego orientadas unas hacia los procesos y otras a los resultados» (Beitz, 1989: 47-48).

Estos «criterios de equidad no orientados a los resultados relativos al proceso mismo» son los que hemos mencionado como relacionados con la igual participación. Esta misma idea es la que está contenida en la distinción entre valor intrínseco y valor instrumental de los procedimientos (Bayón, 2004: 94). El valor instrumental se referiría a los criterios orientados a los resultados, es decir, a la capacidad del procedimiento estudiado de llevar a respuestas que consideremos correctas de acuerdo con algún criterio independiente de evaluación. El valor intrínseco, en contraste, haría referencia a los criterios orientados a los procedimientos que son, como lo dijimos, los relativos a la participación ciudadana. Este valor intrínseco es obviado por Moreso en su defensa de la democracia constitucional como un caso de justicia procesal imperfecta, razón por la cual, al hacer su análisis, no tiene en cuenta el derecho de igual participación como contrapeso a la posible mejor garantía de los derechos fundamentales que significaría la justicia constitucional. Al incluirse el valor intrínseco se introducen consideraciones orientadas a los procesos y se da entrada, como parte del análisis, al principio de igual participación.

2.1.2. El balance entre el valor intrínseco y el valor instrumental

Aquí el *planteamiento rawlsiano* da un paso fundamental en lo que es su concepción de la relación entre la libertad política y las libertades que protegen la autonomía privada. Según este planteamiento, el reconocimiento del igual valor de la autonomía pública y privada hace que, al momento de preguntarnos por la justificación de un modelo institucional determinado, debamos hacer un balance entre el valor intrínseco de la igual participación y el valor instrumental de los procedimientos constitucionales.

La cuestión, planteada de esta manera, no deja de parecer un poco extraña. Tenemos, por un lado, un principio o derecho que tiene un valor intrínseco: el derecho de igual participación en las decisiones públicas. Por el otro, tendríamos un procedimiento que tiene un valor instrumental: los procedimientos constitucionales que protegen los derechos civiles y sociales. Esto se hace un poco más complejo si tenemos en cuenta que tampoco es del todo claro qué entendemos por igual participación, pues en algunas ocasiones se hace referencia a un procedimiento concreto y en otras a un principio o derecho.

Es posible observar cómo Bayón habla indistintamente del principio de igual participación, de autogobierno y de procedimientos mayoritarios o representativos. El valor intrínseco que se contrapone al valor instrumental de los procedimientos constitucionales es asignado por Bayón unas veces a la igual participación, como cuando afirma que «la idea de que la participación *de todos y en pie de igualdad* en la toma de decisiones públicas esta revestida de una especial calidad moral» (Bayón, 2004: 95) y otras veces a los procedimientos mayoritarios o representativos como realización del autogobierno colectivo, como cuando dice que es «intrínsecamente valioso el autogobierno a través del

procedimiento mayoritario» (Bayón, 2004: 112). Como alternativa a esta asimilación parece posible hacer aquí una distinción en la que se disocie el principio de igual participación y los procedimientos a través de los cuales busca realizarse este procedimiento.

2.2. El valor intrínseco de los derechos y el valor instrumental de los procedimientos

Dimitrios Kyritsis ha planteado un interesante ataque al procedimentalismo sobre la base de la separación entre participación y representación. Para Kyritsis, «es equivocado pensar que un sistema de supervisión judicial no es, en abstracto, moralmente atractivo, basándose en que este sistema da a la opinión de algunos jueces no elegidos un poder superior a la opinión de los ciudadanos ordinarios». Esta equivocación se debe a que «los procedimientos legislativos suponen un elemento aristocrático análogo» (2006: 750)¹³⁵.

Independiente del acierto que pueda significar o no esta crítica¹³⁶, la distinción entre participación y mecanismos de representación es

¹³⁵ Para Mattias Kumm, de seguirse el planteamiento procedimentalista, «tendría tanto sentido hablar de la antidemocrática atribución de poder a los legisladores, quienes pueden decidir sobre las leyes sin que el pueblo tenga una voz directa en las decisiones legislativas, como de la atribución antidemocrática de poder a los jueces, quienes toman sus decisiones sin la participación directa del pueblo» (2007: 26).

¹³⁶ Kyritsis (2006) insiste en que la crítica procedimentalista carece de fuerza pues no habría razones para quejarse de la falta de participación en las decisiones de los jueces constitucionales y a la vez defender una institución como el parlamento, cuando los miembros de este último deciden, al igual que los jueces, de acuerdo a sus propios criterios y no como delegados de los ciudadanos. La distancia entre representantes y representados hace dudar que podamos contraponer, como lo hacen los

completamente pertinente¹³⁷, no sólo en lo que respecta a la concepción procedimentalista y su defensa de los procedimientos representativos, sino también en lo que se refiere al *planteamiento rawlsiano* y el valor intrínseco que éste le asigna a los procedimientos mayoritarios. Si bien el derecho al voto y la representación política son elementos vitales para hacer efectivo el derecho de participación, no lo agotan (Goldoni, 2010: 503). Esta confusión entre procedimientos y derechos dificulta el análisis de las posiciones defendidas por los procedimentalistas, confusión que, como se vio en el apartado anterior, no desaparece en el *planteamiento rawlsiano* al contraponer el valor intrínseco del autogobierno con el valor instrumental del control de constitucionalidad.

Para hacer un poco más clara la distinción debemos entonces diferenciar los elementos que tanto los procedimentalistas, como Bayón en su defensa del

procedimentalistas, de un lado a un puñado de jueces aislados de las presiones populares y del otro el pueblo decidiendo a través de mayorías. A pesar del acierto de separar conceptualmente instituciones representativas y derecho de participación, creo que en este caso los procedimentalistas tienen una buena base de defensa cuando afirman que las asambleas representativas son más sensibles que los jueces a las presiones ciudadanas y que es precisamente este vínculo más intenso lo que da mayores credenciales democráticas a las primeras que a los segundos (Bellamy, 2013: 343-344; Waldron, 2009b: 76). Una crítica similar a la planteada por Kyritsis, pero en la cual, al igual que los procedimentalistas, se sigue considerando que los sistemas con supremacía legislativa son preferibles, es defendida por Gargarella (2014b: 40-45).

¹³⁷ Para Kyritsis, la crítica waldroniana está basada en «una ambigüedad acerca de la relación entre los legisladores y sus electores, y el concepto de representación en el que se basa esta relación. De manera más específica, subestima la distancia entre ambos» (2006: 740). Ver Goldoni (2010: 503-506) y Zurn (2007: 155-161). Esta crítica parece ser aceptada por Waldron en *Refining the question about judges' moral capacity* (2009b).

planteamiento rawlsiano, mantienen unidos. Debemos pues diferenciar, de un lado, principios y derechos y, del otro, procedimientos.

En un momento Bayón se plantea la utilidad de una distinción como la aquí propuesta. En un primer paso afirma que «la idea de que la participación *de todos y en pie de igualdad* en la toma de decisiones públicas está revestida de una especial calidad moral». Esta «especial calidad moral» de la igual participación la conecta, a renglón seguido, con «el proceso de decisión por mayoría simple» (Bayón, 2004: 95), el cual (y aquí recurre a las palabras de Laporta) «traduce a su ámbito de aplicación [el] principio ético de la igualdad moral de todos los seres humanos como personas» (Laporta, 1993: 81). En este primer momento vemos cómo se establece la mencionada identificación entre el derecho de igual participación y los procedimientos mayoritarios.

A pesar de esto, en el párrafo siguiente dice Bayón que «lo que se acaba de apuntar no es de ninguna manera una justificación suficiente del valor intrínseco del procedimiento de decisión por mayoría. De hecho, se podría discutir esta idea alegando, por ejemplo, que ese presunto valor intrínseco resultaría ser en realidad enteramente derivativo, esto es, que el procedimiento mayoritario sólo sería valioso en la medida en que realice un principio superior y más abstracto de igualdad política; y que, bajo determinadas circunstancias, no sólo no lo materializa, sino que frustra aquel principio, cuya realización reclamaría por tanto el empleo de procedimientos de decisión diferentes» (Bayón, 2004: 96).

Pero Bayón no encuentra esta idea convincente pues estaría encaminada exclusivamente a apoyar la teoría según la cual lo único que debe ser tenido en cuenta al momento de evaluar la justicia de un diseño institucional es el valor instrumental del mismo. Esto, sin embargo, no es necesariamente cierto. La

forma correcta de entender esta separación entre el procedimiento mayoritario y el «principio superior y más abstracto de igualdad política» no es a la manera dworkiniana (en donde el principio de igualdad política termina por contener dentro de sí todos los principios que soportarían el gobierno democrático), sino asumiendo, de manera más modesta, la separación entre los procedimientos representativos y el principio de igual participación que lo justifica. Si se parte de esta diferenciación, es posible reconocer que, en determinadas circunstancias, los procedimientos mayoritarios ven reducido su valor (en verdad no intrínseco sino, como el de todo procedimiento, instrumental), y esto no implica asumir que la única forma de analizar la legitimidad de un diseño institucional sea a través de la evaluación del valor instrumental que los mismos tengan con respecto a la protección de los derechos que protegen la autonomía privada.

Procedimientos	Derechos
(i) Procedimientos mayoritarios	(a) Derecho políticos
(ii) Procedimientos constitucionales	(b) Derechos sustantivos (civiles y sociales)
Valor instrumental	Valor intrínseco

Tabla 1

De acuerdo al esquema establecido en la **Tabla 1**, es necesario distinguir entre los procedimientos (mayoritarios o constitucionales) y los derechos (de igual participación y sustantivos). Al entender que la representación (los procedimientos mayoritarios) y el derecho de igual participación no pueden ser

considerados como equivalentes, se hace claro que aquello que da valor a los procedimientos mayoritarios es algo externo éstos.

Si es así, no podemos decir, como dice Bayón, que los procedimientos mayoritarios tienen un valor intrínseco, sino que, como todo procedimiento, tienen un valor instrumental¹³⁸. Por esta razón es más adecuado abandonar la contraposición valor intrínseco/valor instrumental y entender que lo que tenemos es una confrontación entre diferentes fines (que tienen un valor intrínseco) y que, en el balance que hagamos entre dichos fines, debemos tener en cuenta el valor instrumental de cada procedimiento en la consecución de estos.

Esto tendría relevancia no sólo al recoger las ideas defendidas por el *planteamiento rawlsiano*, sino al momento de revisar las etiquetas utilizadas en el debate estudiado en los capítulos I y II entre *iusconstitucionalistas* y *constitucionalistas políticos*. La tradicional distinción entre tesis sustantivas o instrumentalistas (identificadas con el *constitucionalismo jurídico*), por un lado, y procedimentales o no instrumentalistas (que hacen referencia al *constitucionalismo político*), por el otro, no es de ninguna manera clara. Tal como hemos visto, ambas corrientes teóricas defienden esquemas procedimentales, por lo que se puede decir que son procedimentalistas pero, además, ambas

¹³⁸ Creo que asiste razón a Dworkin cuando entiende que los diferentes tipos de procedimientos tienen consecuencias de dos tipos: participativas y distributivas. Es en este sentido que es posible afirmar que lo relevante al momento de analizar un conjunto de instituciones son sus consecuencias, entendiendo por estas no sólo la protección de los derechos fundamentales, sino también las consecuencias participativas de los procedimientos e instituciones estudiadas (Dworkin, 2000: 185-188).

valoran los procedimientos propuestos por su capacidad de realizar unos derechos que consideran fines del sistema político, es decir, por su valor instrumental. Ambas son sustantivas o instrumentalistas si nos referimos al valor que les asignan a los procedimientos y procedimentalistas si tenemos en cuenta que su propuesta final puede ser entendida como una defensa de ciertos procedimientos.

2.3. Valor intrínseco y valor instrumental: derechos y procedimientos en el análisis de la justificación del control de constitucionalidad.

En el apartado anterior vimos cómo es necesario separar entre procedimientos representativos y el derecho de igual participación. En este apartado dedicaremos un espacio a aclarar algo que se deriva de lo dicho en el apartado anterior. Si asumimos que los procedimientos representativos no se identifican con la igual participación y que estos procedimientos pueden realizarla en una mayor o menor medida, debemos también asumir que los procedimientos mayoritarios no tienen un valor intrínseco, sino que su valor deriva precisamente de la capacidad que éstos tengan de realizar la igual participación.

Debemos tener en cuenta que en el plano institucional tenemos de un lado los procedimientos *mayoritarios* o *representativos* que se refieren al conjunto de procedimientos e instituciones que conforman la democracia representativa (ver apartado 1.1. del presente capítulo). De manera más específica, nos referimos a la existencia de asambleas representativas integradas por individuos pertenecientes a diferentes partidos o movimientos que son elegidos de manera regular por el voto de los adultos (con algunas excepciones) residentes en el territorio sobre el cual dichas instituciones tienen autoridad,

además de la toma de decisiones a través de la regla de la mayoría al interior de las mencionadas asambleas¹³⁹.

Del otro lado tenemos los procedimientos de revisión de decisiones del órgano legislativo, a través del cual los jueces constitucionales pueden determinar el contenido de los mandatos constitucionales y expulsar del sistema jurídico leyes aprobadas por las asambleas. Como se vio en el **Capítulo I**, la propuesta iusconstitucionalista defiende un sistema en el cual se combinan los procedimientos de la democracia representativa con los de la justicia constitucional, funcionando estos últimos como control sobre las decisiones de los primeros en temas relacionados con la protección de los derechos fundamentales. Los *procedimentalistas*, en la posición adelantada por Waldron en *Law and Disagreement* o Bellay en *Political Constitutionalism*, justifican la existencia sólo del primer grupo de procedimientos.

El *planteamiento rawlsiano*, dado que asume el igual valor de la libertad política –o igual participación– y de las demás libertades –derechos civiles y sociales–, entiende que el análisis tanto de los *iusconstitucionalistas*, como de los *procedimentalistas*, es incompleto. Sin embargo, al igual que estos últimos, entiende que existe una identidad entre *igual participación* y *procedimientos representativos*, razón por la cual termina por entender que los procedimientos mayoritarios tienen un valor intrínseco.

¹³⁹ En este sentido, lo que llamamos *mecanismos mayoritarios* o *representativos* se refieren, en palabras de Charles Beitz, a un «sistema electoral que permite a los ciudadanos influir en la legislación a través de la participación periódica en la elección de los legisladores» (1983: 69-70).

Pero, tal como hemos visto, los procedimientos carecen de valor intrínseco y su valor deriva de su capacidad para proteger o realizar principios o derechos (estos sí intrínsecamente valiosos). Esto termina por afectar uno de los elementos del *planteamiento rawlsiano*. Para Bayón, el valor instrumental de los procedimientos depende de las circunstancias o contexto en el cual dichos procedimientos operan. Por esta razón, al considerar el elemento contextual del *planteamiento rawlsiano*, Bayón considera que este depende de manera exclusiva de la mayor o menor aptitud de los procedimientos constitucionales de tutelar los derechos que protegen la autonomía privada (Bayón, 2004: 98).

Sin embargo, al separar la igual participación de los procedimientos representativos, debemos entender también que al momento de estudiar el contexto es necesario tener en cuenta no sólo que el valor instrumental de los procedimientos constitucionales puede variar en diferentes contextos, sino también que esto mismo sucede con los procedimientos representativos. Es decir, el derecho al voto, la competencia entre partidos, la representación y la regla de la mayoría pueden, en determinados contextos, ser insuficientes para lograr la igual participación de todos en las decisiones públicas.

2.4. Derechos en tensión: participación política y derechos sustantivos en el *planteamiento rawlsiano*

El *planteamiento rawlsiano*, tal como es expuesto por Bayón, al entender que la justicia de un arreglo institucional en el cual se integren mecanismos de justicia constitucional depende de que estos últimos aseguren «un mayor valor instrumental [...] en un grado suficiente como para compensar su falta de valor intrínseco», es decir, al asumir «por un lado que la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas es *uno* de nuestros derechos, y, por otro, que el posible mayor valor instrumental de los mecanismos contramayoritarios se refiere a su hipotética mayor aptitud para proteger

adecuadamente *el resto* de ellos», es posible afirmar que «el problema de la justificación del constitucionalismo debería ser concebido esencialmente como la resolución de un *conflicto de derechos*» (Bayón, 2004: 109)¹⁴⁰.

De lo anterior se desprende que la *tesis de la equivalencia*, en la versión defendida por Bayón, se entiende siguiendo dos líneas. Según la primera, se puede afirmar que «tanto la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas como el respeto de los derechos que garantizan la autonomía individual de las personas son componentes igualmente esenciales e irrenunciables de un liberalismo político consecuente». Pero este igual valor de la participación y los derechos de autonomía individual no implica «que no haya tensión entre uno y otro, y esa tensión se materializa en la paradoja de las precondiciones de la democracia, que no puede resolverse ni por una mera definición de “democracia”, ni sólo apelando a las implicaciones de un compromiso serio con el ideal moral de los derechos». La existencia de estas tensiones exigiría que se diera un balance entre el valor de los derechos vinculados a la autonomía pública y los derechos vinculados a la autonomía privada (Bayón, 2004: 106). En el denominado *planteamiento rawlsiano*, la *tesis de la equivalencia* adquiere unas características específicas según las cuales se entiende que estos derechos igualmente valiosos compiten entre sí en una especie de juego de suma cero.

El segundo elemento se deriva de la identificación que se hace desde el *planteamiento rawlsiano* de la igual participación y los procedimientos mayoritarios¹⁴¹. Al entender que la regla de la mayoría en las instituciones

¹⁴⁰ Subrayas en el texto original.

¹⁴¹ Puede decirse que también Rawls identifica la libertad política con los procedimientos mayoritarios. Así, para el filósofo norteamericano, la mayor libertad

representativas es la participación política en igualdad de condiciones, cualquier limitación es entendida entonces como una restricción de los derechos políticos¹⁴².

2.4.1. El enfrentamiento entre principios

Hemos visto como la *tesis de la equivalencia*, tal como es asumida por Bayón, presupone un pluralismo de valores entendido de una manera cercana a la propuesta por Isaiah Berlin. Según esta concepción, el autogobierno colectivo y los derechos sociales y civiles se enfrentarían de tal manera que, en algunos casos, deberíamos aceptar el «hecho intelectualmente incómodo» del choque irreconciliable entre ellos. De esta manera «la libertad individual y el gobierno democrático “no son la misma cosa, cualquiera que sea el terreno común que tengan”, sino “fines en sí mismos” que “pueden chocar entre sí de manera irreconciliable”; y si es así, habría que convenir con él que “es mejor enfrentarse a este hecho intelectualmente incómodo que ignorarlo”» (Bayón, 2004: 78)¹⁴³.

política equivaldría al uso de procedimientos mayoritarios libres de restricciones constitucionales en todas las decisiones políticas importantes (Rawls, 1971: 224).

¹⁴² Como se verá en la segunda parte de esta tesis, esta forma de concebir las relaciones entre los diferentes grupos de derechos impide reconocer el valor «participativo» que pueden llegar a tener ciertas intervenciones judiciales al momento de proteger los derechos civiles y sociales a través de modelos de *constitucionalismo dialógico*.

¹⁴³ Las partes del texto que aparecen entre comillas hacen referencia a la introducción a *Cuatro ensayos sobre la libertad*. El texto original de Berlin hace referencia a los dos conceptos de libertad. En el párrafo citado dice Berlin: «Si las demandas de dos (o más) tipos de libertad se muestran como incompatibles en un caso determinado y si esta incompatibilidad es un ejemplo de colisión de valores que son a la vez absolutos e inconmensurables, es mejor enfrentarse a este hecho intelectualmente incómodo que ignorarlo, o atribuirlo automáticamente a alguna deficiencia de nuestra que puede ser

Dado que nos encontramos ante un enfrentamiento en el cual debemos elegir entre diferentes valores (o entre diferentes grados de realización de estos valores), los derechos vinculados a la autonomía individual y la autonomía colectiva se presentan como enfrentados. Esto significa que tienen, en efecto, el mismo valor, pero se niega que exista entre ellos una relación de interdependencia. De esta manera el autogobierno y las libertades individuales competirían entre sí, y la elección entre diferentes esquemas institucionales implicaría elegir entre opciones que en unos casos privilegiarían unos derechos y, en otras ocasiones, otros.

De igual manera, esta concepción agonial de los derechos entiende que es posible satisfacer de manera adecuada las exigencias derivadas de cada uno de estos valores sin tener en cuenta el grado en que se satisfagan las exigencias derivadas del otro valor. De la misma manera en que podemos decir que una cosa es la realización del autogobierno colectivo y otra la protección de libertades como la de expresión o pensamiento, podemos decir que la realización de unas de estas libertades es factible con independencia de las otras.

Contrario a lo que afirma esta concepción agonial del igual valor de los derechos, es posible pensar que la pluralidad de valores vinculados a la democracia (el autogobierno colectivo, que toman forma en los derechos políticos, y los derechos civiles y sociales) no se encuentran en una relación de conflicto que exijan una elección de tipo trágico. Si bien no se debe negar que es

eliminada con el aumento de nuestras habilidades o conocimientos, como pensaban Condorcet y sus discípulos, o lo que es todavía peor, suprimir completamente alguno de los valores en liza pretendiendo que es idéntico a su rival (y de esta manera deformando ambos)» (Berlin, 2002a: 42).

difícil lograr un acomodo entre los diferentes derechos que componen el gobierno democrático, tampoco debe darse por cierto que las relaciones entre estos derechos son de tensión y que lo que gana uno debe ser perdido por los otros. Esta es precisamente la idea defendida por teóricos como Jürgen Habermas al afirmar el carácter cooriginario e interdependiente de las autonomías pública y privada.

3. *El igual valor de los derechos y su carácter interdependiente*

En el apartado anterior estudiamos la tesis de la equivalencia tal como es entendida por el *planteamiento rawlsiano*. Según éste, los diferentes grupos de derechos (igualmente valiosos) se encuentran enfrentados de manera que el diseño institucional está determinado por el balance hecho entre la ganancia en la protección de unos y la pérdida en la protección o realización de otros.

En el presente apartado pasaremos al análisis de otra forma de entender la tesis de la equivalencia. Según esta segunda versión, la relación entre los diferentes grupos de derechos igualmente valiosos no se corresponde con una relación de enfrentamiento o colisión, sino de interdependencia. Los derechos vinculados a la protección de la autonomía pública y privada se soportan mutuamente y son a la vez el fundamento del gobierno democrático.

3.1. **Interdependencia o conflicto entre derechos**

3.1.1. **El hecho intelectualmente incómodo**

Según la concepción agonial del igual valor de los derechos, la ventaja que presentaría el *planteamiento rawlsiano* frente a la posición defendida por deliberativistas como Habermas, es el reconocimiento del conflicto existente entre dos valores independientes y potencialmente conflictivos como lo son el autogobierno colectivo y los derechos relativos a la libertad personal. Para Bayón la propuesta habermasiana entiende que «cualquier tensión o conflicto que se aprecie entre ellos solo puede ser *aparente*» (2004: 77), razón por la cual bastaría una redefinición de democracia para resolver estas tensiones.

Esto quiere decir que los diferentes grupos de valores se ubican efectivamente en el mismo plano y tienen por lo tanto el mismo valor, sin embargo, las relaciones existentes entre éstos son de competencia y no de

interdependencia. La pregunta es si esta es la forma correcta de entender las relaciones entre estos derechos cooriginales encaminados a garantizar el gobierno democrático.

3.1.2. El carácter cooriginal e interdependiente de los derechos

Es conocida la posición de Habermas como defensor de la idea del igual valor de la autonomía pública y privada. Para el filósofo alemán, «[e]l sistema de los derechos exige la realización simultánea y complementaria de la autonomía privada y de la autonomía pública o ciudadana, que, consideradas normativamente, son cooriginales y se presuponen mutuamente porque la una permanecería incompleta sin la otra» (1998: 392).

Según esta concepción, los derechos de libertad «son condiciones necesarias que no hacen más que *posibilitar* el ejercicio de la autonomía política» y, dado que «las condiciones posibilitantes no imponen restricciones a aquello que constituyen», las relaciones entre los derechos que garantizan la autonomía pública y privada no pueden ser entendidas como conflictivas (Habermas, 1998: 194). Bayón entiende que esto significa reducir el debate sobre participación y derechos a un mero ejercicio de definición de la palabra democracia (2004: 106).

Para aclarar este punto podemos recurrir a las tres maneras en las Christopher Zurn considera que pueden ser entendidas las relaciones entre constitución y democracia (2007: 103-105). Por constitución entiende aquí Zurn la necesidad de proteger ciertos derechos considerados inviolables y que se refieren a los derechos relacionados con la autonomía individual, mientras que al hablar de democracia hace referencia a la posibilidad de participar en la deliberación y toma de decisiones públicas. Como puede verse, hace referencia a la mencionada relación entre los derechos relativos a la autonomía pública y privada.

Las tres maneras en que estas relaciones pueden ser concebidas son las siguientes. Se puede asumir que democracia y constitución son básicamente lo mismo. Bayón considera que el carácter igualmente originario que otorga Habermas a la autonomía pública y privada parte de una premisa de este estilo. La interdependencia y cooriginilidad de ambas autonomías significa asumir la ausencia de contradicción y, por tanto, bastaría con una redefinición de democracia en la cual se integren todos los elementos armónicamente. De esta manera se pretenderían superar las tensiones entre los diferentes derechos igualmente valiosos, dejando sin atender el *hecho intelectualmente incómodo* de aceptar los conflictos existentes entre valores independientes y últimos.

La segunda forma de entender las relaciones entre constitución y democracia exige asumir que existen, efectivamente, tensiones entre estos valores igualmente importantes e independientes. De esta manera, el valor de la participación en los asuntos públicos representado por la democracia, y el valor de la autonomía individual representado por los derechos fundamentales, empujarían en direcciones diferentes. Esta es la concepción agonal de las relaciones entre derechos vista en el apartado 2. del presente capítulo.

Por último, la tercera opción entendería que los derechos de participación ligados a la idea de democracia y los derechos de autonomía personal ligados a la idea de constitución, son elementos complementarios que, sin ser idénticos, se soportan mutuamente. No se afirma que la autonomía pública y la autonomía privada (que la democracia y la constitución) sean una y la misma cosa. Se acepta, como en el segundo caso, que se trata de valores diferentes, pero de esto no se deriva que sean independientes. Cada uno de estos valores es un fin en sí mismos, a la vez que es un medio al servicio de la realización del

otro (Habermas, 2001: 457)¹⁴⁴. En este sentido, afirma Zurn, «la democracia, en un sentido importante, no puede realizarse de manera independiente del constitucionalismo y, de igual manera, el constitucionalismo inevitablemente requiere formas de participación popular en el gobierno. Aquí la idea no es que constitucionalismo y democracia son, al final, la misma cosa, sino que, para cualquiera de ellos realizar sus principios internos, las instituciones y prácticas asociadas con cada uno de manera separada pueden llegar a ser conjuntamente necesarias y se reforzarían mutuamente» (Zurn, 2007: 104-105).

¹⁴⁴ Para un autor como Prieto Sanchís, Habermas le atribuye «una función más bien instrumental a los derechos, concebidos siempre al servicio de la participación que asegura el procedimiento democrático» (2003: 158). Creo que a pesar de que algunos pasajes de *Facticidad y validez* (ver Habermas, 1998: 603) puedan hacer llegar a la conclusión defendida por Prieto, la concepción deliberativa de la democracia propuesta por Habermas entiende en realidad, como hemos tratado de mostrar, que los derechos que protegen la autonomía personal no tienen un valor meramente instrumental. A esto es a lo que se refiere precisamente la idea del igual valor e interdependencia de la autonomía pública y la autonomía privada, así como su relación con el derecho. El derecho garantiza nuestra condición de sujetos autónomos asegurando la existencia de espacios libres de interferencia en los cuales podemos tomar decisiones libres de coacción. Pero la idea misma de libertad y autonomía que guía el establecimiento de espacios libres de actuación garantizados por los derechos de libertad, exige que podamos seguir las normas establecidas por el derecho debido al reconocimiento del derecho mismo como legítimo y no simplemente como válido (es decir, que podamos seguir las normas jurídicas como justificadas y no simplemente «por respeto a la ley»). Para que el derecho pueda ser considerado como legítimo, este debe ser creado a través de procedimientos democráticos de los que se pueda presumir que los resultados del proceso son racionalmente aceptables (Habermas, 2001: 457).

Contrario a lo defendido por la concepción agonal del igual valor de los derechos, la concepción de la interdependencia entiende que, en lo que se refiere a los derechos políticos y los derechos que protegen la autonomía individual, los unos no son posibles sin los otros, pero de igual manera ninguno de los dos establece límites sobre los otros:

Los ciudadanos de un Estado sólo pueden hacer un uso *adecuado* de la autonomía pública, garantizada por los derechos políticos, si son, como consecuencia de una forma de vida autónoma y privada que esté asegurada en forma de igualdad, lo suficientemente independientes. Pero los ciudadanos en las sociedades sólo pueden disfrutar su autonomía privada en un plano de igualdad —estando las libertades de actuación repartidas de forma equitativa y teniendo para ellos el “mismo valor” — si, como ciudadanos de un estado, hacen un uso adecuado de su autonomía política (Habermas, 2001: 437).

3.1.3. De la tensión a la interdependencia

Como se afirmó en el apartado anterior (siguiendo la posición defendida por Habermas), es posible pensar que en este caso, en el que se da una pluralidad de valores (los vinculados al autogobierno colectivo y que toman forma en los derechos políticos, y los relativos a la autonomía privada que toman forma en los derechos civiles y sociales), dichos valores no se encuentran en una relación de conflicto que exija una elección de tipo trágico. Si bien no se debe negar que es difícil lograr un acomodo entre los diferentes derechos que componen el gobierno democrático, tampoco debe darse por cierto que las relaciones entre estos derechos son de tensión y que lo que gana uno debe ser perdido por los otros¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Es además extraño que si, como Bayón afirma, estamos ante un caso de valores igualmente últimos entre los que debemos escoger, y que la elección a la que aquí nos

Esto no significa negar la posibilidad de colisiones trágicas entre principios «a la vez absolutos e inconmensurables» (Berlin, 2002a: 42), pero sí negar al menos que en este caso se presente un tipo de enfrentamiento que hace que las exigencias de este tipo de libertades (para usar el lenguaje de Berlin) sean incompatibles. Sin negar las dificultades que en efecto se presentan al momento de definir los contornos que delimitan las relaciones entre nuestro derecho a tener voz en el gobierno común, el respeto a las libertades que protegen nuestra autonomía privada y la garantía de las condiciones materiales que permiten la participación en las decisiones públicas y el ejercicio de nuestra libertad personal, no debe asumirse que existe una colisión entre ellas que las haga irreconciliables y que dichas tensiones sean de manera definitiva irresolubles por medios racionales.

Esto es aún más claro si se reconoce que la advertencia de Berlin acerca del riesgo de pretender identificar unos valores con otros debe ser tomada en cuenta. Es necesario reconocer que los diferentes grupos de derechos protegen diferentes aspectos de la vida humana que son considerados valiosos (a esto se refiere la distinción entre diferentes formas de libertad o autonomía), pero este reconocimiento no significa afirmar que las relaciones que se dan entre ellos son siempre de conflicto (como en un juego de suma cero).

vemos abogados significa un claro caso de pluralismo de valores en donde (en palabras de Berlin) se debe reconocer que «fines igualmente últimos, igualmente sagrados, pueden entrar en conflicto entre ellos, que sistemas enteros de valores pueden entrar en colisión sin posibilidad de conciliación racional» (Berlin, 1997: 320), no se comprende bien la confianza de Bayón en que sea posible lograr un adecuado balance entre estos valores en conflicto.

3.2. La interdependencia entre derechos igualmente valiosos y su protección constitucional

La interdependencia de los derechos que protegen tanto la autonomía pública como privada tiene como consecuencia la aceptación de que la protección de los derechos vinculados a ambos tipos de autonomía no puede ser entendida de manera aislada. La protección de los derechos civiles y sociales es indispensable para que los participantes en los procesos de formación de opinión y decisión públicas puedan actuar de forma independiente, es decir, de manera no coaccionada. Dado que estos procesos democráticos, para poder ser considerados legítimos, requieren la inclusión de todos los posibles afectados por las decisiones públicas, los procedimientos de protección de derechos pueden ser considerados legítimos si su aporte está vinculado precisamente a la ampliación de las avenidas del diálogo público «tanto como sea posible hacerlo» (Gargarella, 1996: 163). Esta ampliación de las vías para la participación política implica la protección de los diversos grupos de derechos.

3.2.1. La protección de derechos significa *incluir* en un sentido político a todos los miembros de la comunidad política

Como hemos visto, el *constitucionalismo deliberativo* defiende una concepción de la democracia que tiene como presupuesto la existencia de una serie de derechos que garantizan la libertad política y la personal. Este presupuesto va en contra de las concepciones reduccionistas del gobierno democrático a las que recurren tanto *procedimentalistas* como *iusconstitucionalistas*. El *constitucionalismo político* considera que, dado el desacuerdo generalizado y la necesidad de tomar una decisión común (dadas las circunstancias de la política), el único principio que debe ser tenido en cuenta es el de la participación política (Waldron, 1999: 232-254). Esta circunstancia lleva a afirmar a los defensores del *constitucionalismo político* que el derecho de participación es *el derecho de los*

derechos, pues a partir del ejercicio de este derecho se determina el contenido y alcance de los demás derechos y libertades.

La inclusión en la comunidad política se da entonces por el respeto y garantía de los derechos de participación. La limitación de estos sería un desconocimiento de los poderes morales de las personas, es decir, de la capacidad de los ciudadanos de tener una concepción de lo bueno y de lo justo¹⁴⁶, y se convertiría por tanto en una negación del reconocimiento público como ciudadano libre e igual. Esta primacía de los derechos políticos en el campo filosófico se corresponde con la defensa de la democracia representativa, a lo que se suma la regla de la mayoría y la negación del control de constitucionalidad (ver **Capítulo II**). Para los *constitucionalistas políticos*, los términos de la *inclusión* política se agotan en los derechos de participación entendidos como derecho al voto y aplicación de la regla de mayoría.

Por su parte, el *constitucionalismo jurídico* reduce la participación política a un mero instrumento para la realización de los derechos sustantivos que son presentados como su límite. De esta manera, el gobierno democrático es concebido como un gobierno limitado en el que se le niega un valor propio a la participación política y en el que los jueces, como defensores de los derechos finales, ocupan un lugar privilegiado en el entramado constitucional.

El *constitucionalismo jurídico* asume que el gobierno democrático y la soberanía popular consisten precisamente en los derechos constitucionalmente

¹⁴⁶ Hago referencia aquí los dos *poderes morales* de las personas de los que habla Rawls al tratar lo que denomina en *Political Liberalism* la *concepción política de la persona* (1996: 29-35).

garantizados ¹⁴⁷. Así, los jueces, como garantes últimos de los derechos constitucionales, se convierten también en garantes de la soberanía, cuya verdadera amenaza se encuentra en las mayorías parlamentarias. Dado que los derechos son concebidos como justificados a través de mecanismos externos a la política (una justificación conseguida a través del análisis filosófico individual), los iusconstitucionalistas ven con buenos ojos la entrega de la autoridad para decidir el contenido de estos derechos a foros no políticos (Bellamy, 2007: 150)¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Esta idea queda plasmada en la definición de soberanía popular ofrecida por Ferrajoli, para quien ésta se identifica con los derechos fundamentales. Éstos consistirían precisamente en «*fragmentos de soberanía popular* correspondientes a todos y cada ciudadano», lo que lleva a que la soberanía popular equivalga «a la suma de aquellos poderes y contrapoderes –los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales– que son los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos» (Ferrajoli, 2011b: 14). Debe entenderse aquí que, dentro de la teoría elaborada por Ferrajoli, los poderes representados por los derechos políticos y civiles están limitados por los contrapoderes formados por los derechos de libertad y sociales.

¹⁴⁸ Algunos autores han asumido que aquí se presenta un caso de mala fe por parte de los autores iusconstitucionalistas. Para Walzer, tal como lo expresa en *Philosophy and Democracy*, el establecimiento de límites sustantivos a la democracia y la posterior asignación de competencias decisorias al juez, esconden en verdad la incomodidad del filósofo con la democracia. El común apoyo de teóricos y filósofos a una institución como la justicia constitucional, se debería a la mayor influencia que pueden tener estos en las decisiones de los jueces que integran los tribunales constitucionales. Mientras que en la arena política «la verdad de los filósofos se convierte fácilmente en un conjunto más de opiniones puestas a prueba, discutidas, asumidas en parte, repudiadas en parte o ignoradas», en los tribunales los jueces pueden más fácilmente

Este desplazamiento de la autoridad hacia los tribunales constitucionales no tiene en cuenta el valor que representa la participación en la toma de decisiones públicas. Para los *iusconstitucionalistas*, la igual participación cumple una función de mera agregación de intereses prepolíticos y sólo es aceptada en la medida en que se muestre como instrumento útil para la realización de los derechos finales (civiles y sociales) (ver apartados **1.4 y 2.4/Cap.I**). De esta manera se ignora el valor que significa la posibilidad misma de participar, no sólo en la medida en que permite presentar ante los demás las propias demandas y hacer parte de un proceso en el que, de manera colectiva¹⁴⁹, se determina el peso que deben tener las exigencias igualmente importantes de los demás miembros de la comunidad política, sino también en la medida en que el ejercicio de la libertad política permite fortalecer, como dice Rawls, «la conciencia del propio valor», además de que «acrecienta la sensibilidad intelectual y moral y aporta las bases para un sentido del deber y la obligación de los cuales depende la estabilidad de las instituciones justas» (Rawls, 1971: 234).

El planteamiento iusconstitucionalista corre el riesgo de convertirse (con su combinación de instancias de representación y deliberación en *foros de*

estar inclinados a «darle al filósofo un trato diferente», pues «[s]u papel especial en la comunidad democrática está conectado [...] con su capacidad de reflexión y la capacidad de reflexión es una postura filosófica» (Walzer, 1981: 390).

¹⁴⁹ Se hace referencia aquí a los elementos ligados al ejercicio de la autonomía pública que tienen a ser tratados de manera indiferenciada: la deliberación y la participación. Ahora bien, a pesar de ser distinguibles analíticamente, es posible afirmar que «comparten algunos presupuestos comunes, en particular la insatisfacción ante la democracia meramente representativa y ante una ciudadanía limitada al ejercicio del principio de mayoría y al cumplimiento del voto» (Sauca y Wences, 2009: 15).

principio ¹⁵⁰) en una «agregación de intereses particulares prepolíticos» acompañada por un «goce pasivo de derechos paternalísticamente otorgados» (Habermas, 1998: 634)¹⁵¹.

El *constitucionalismo deliberativo*, como se ha afirmado, asume que dichas posiciones no pueden ser consideradas como satisfactorias, toda vez que ignoran el igual valor de los derechos de participación y los derechos civiles y sociales. La inclusión política exige un tratamiento por parte de los poderes públicos que reconozca la calidad de ciudadanos libres e iguales a todos los miembros de la comunidad política. Si bien los derechos de participación son una parte básica de dicho reconocimiento, la desprotección de los demás tipos de derechos se constituye en un grave riesgo para la democracia, no sólo porque su lesión impide el ejercicio de las libertades privadas, sino porque la misma libertad pública puede llegar a perder todo su valor, al convertirse el derecho al voto y la regla de mayoría en una mera formalidad sin capacidad de realizar las fuertes exigencias de la participación política entendida como la posibilidad de tomar parte en el proceso de autogobierno colectivo. De igual manera, la negación del valor intrínseco de la participación política por parte de los *constitucionalistas jurídicos* reduce el gobierno democrático a la satisfacción

¹⁵⁰ La expresión es tomada, como es ampliamente conocido, del artículo *The forum of principle* (Dworkin, 1981), luego integrado al capítulo segundo de *A Matter of Principle* (Dworkin, 1985: 43-71).

¹⁵¹ Estas últimas citas vienen referidas a la necesidad de mantener una relación fluida entre los procedimientos democráticos y una opinión pública alimentada por una cultura liberal e igualitaria. Sin embargo, creo que expresan bien los riesgos de despolitización que están implícitos en la propuesta iusconstitucionalista.

de unos contenidos sustantivos que bien pueden ser otorgados de forma paternalista.

3.2.2. La creación de castas es contraria a la igualdad de derechos

La igualdad de derechos defendida por el *constitucionalismo deliberativo*, entiende que la relación entre democracia y derechos se establece debido a que la protección misma de los derechos significa nada menos que la posibilidad de incluir a todos los miembros de la comunidad política en los procesos de deliberación y decisión públicos, en la medida en que establece las bases para un actuar autónomo tanto en la esfera pública como en la privada. Partiendo de esta base, se entiende que la forma de gobierno democrática y el principio de igualdad que ésta defiende proscriben, como afirma Fiss para el caso de la Cláusula de Igual Protección de la Constitución Norteamericana, «la creación de una estructura de cuasi-castas. Prohíbe la creación de grupos social y económicamente desaventajados, forzados a vivir al margen de la sociedad, aislados de la mayoría, siempre en situación de riesgo y vistos como inferiores a sus ojos y a los del grupo dominante» (Fiss, 2002: 31). Esto es así, no sólo por las terribles violaciones de derechos que la creación y mantenimiento de un sistema de subordinación como éste significa, sino también porque atenta contra el ideal igualitario que se encuentra inscrito en la misma idea de democracia como autogobierno de personas libres e iguales¹⁵².

¹⁵² Fiss (siempre refiriéndose al caso norteamericano) entiende que la prohibición de subordinación establecida por el principio de igualdad no debe entenderse bajo una «óptica individualista» en la que se busque «maximizar el bienestar individual a nivel global» (2002: 35). Para Fiss, por ejemplo, es posible condenar la esclavitud debido a que «limita las oportunidades y el bienestar de aquellas personas que han sido esclavizadas o pueden llegar a serlo». Este sería un reproche basado en criterios

El principio de igualdad exige la ausencia de subordinación, es decir, demanda una igualdad de estatus. Prohíbe que «[d]iversas estructuras sociales y prácticas conspiran para ubicar a algunas personas en posiciones en las que ellas sufran de manera repetida desventajas en el acceso a beneficios, o sean estigmatizadas en diversas situaciones, o sean vistas como sospechosas o inferiores a otras más favorecidas» (Young, 2002: 2). Este tipo de exclusión se ve agravado por la existencia de prácticas que «crean o perpetúan la subordinación del grupo del cual el individuo excluido o rechazado es un miembro» (Fiss, 2002: 3-4).

En estas circunstancias, el valor que pueden tener los mecanismos representativos se ve fuertemente disminuido. Esto es cierto no sólo en la medida en que la igual participación política puede convertirse en una mera

individualistas. De igual manera, otros podrían oponerse a la esclavitud «por lo que ésta hace al carácter mismo de la sociedad. Ésta divide e implica la existencia de un grupo de personas que no son totalmente humanos». Esta última sería una condena basada en elementos comunales, en la que se puede «objetar la esclavitud simplemente debido a su impacto en la comunidad de la cual hacemos parte, dado que la desfigura». Esta desfiguración, como a continuación afirma Fiss, no sería reducible a una preocupación por el bienestar individual de las personas esclavizadas (2004: 20). Por el contrario, desde una perspectiva que tenga en cuenta tanto la autonomía privada como la pública, toda forma de sometimiento es condenable debido a que desconoce, para usar la terminología rawlsiana, los poderes morales de los individuos y su capacidad de adoptar una concepción del bien, al tiempo que los excluye de la comunidad política, negándoles la posibilidad de participar en la configuración del poder político. El mal que significa la práctica de la esclavitud tiene que ver pues con la manera en que ésta afecta al individuo, así como con su relación con la comunidad de la que es excluido, elementos que no se encuentran completamente separados.

formalidad para una parte importante de la ciudadanía, sino que aumenta el riesgo de que las decisiones finalmente adoptadas, al no tener en cuenta los intereses y necesidades de aquellos excluidos del proceso, terminen por ir en contra de los derechos destinados a proteger su autonomía. En estas circunstancias ¹⁵³, es esperable que sean tenidos en cuenta, de manera privilegiada, los intereses de los grupos dominantes. Esto lleva a pensar que es deseable el establecimiento de mecanismos que permitan la creación de un «público democrático», es decir, una esfera pública en la que se permita el «efectivo reconocimiento y representación de las distintas voces y perspectivas de aquellos grupos constituyentes que están siendo oprimidos o se encuentran en desventaja» (Young, 1990: 184).

3.2.3. Más allá de la idea de minorías: la exclusión política

Para algunos autores, la forma adecuada de acercarse al problema de los grupos marginalizados es a través de la categoría de *inclusión social* que, a diferencia de la discriminación, «ofrece un criterio más determinado para la composición de los grupos protegidos» (Collins, 2003: 27). Según este criterio, la pregunta a la cual deberíamos responder es si «el grupo ha sido, en la práctica, excluido socialmente de manera desproporcionada, comparado con la sociedad como un todo» (27). Según Sheppard (2015: 239), el concepto de inclusión social permitiría ir más allá que las demás opciones propuestas ya que «la inclusión

¹⁵³ Ya sea porque estemos ante la presencia de un «público unificado» en el cual los «ciudadanos dejan atrás sus afiliaciones de grupo particulares, historia y necesidades al momento de discutir sobre el interés general o el bien común» (Young, 1989: 258), o porque nos encontremos en un contexto en el que se dé la directa exclusión de los mecanismos de representación de personas o grupos, el resultado final es «la exclusión de algunas perspectivas» del debate público (258).

social también tiene en cuenta patrones y procesos de exclusión de lugares de gobierno económico, social y político. Así, logra integrar las preocupaciones por las desventajas sustantivas con las exclusiones relativas a los procesos sociales, institucionales y políticos de decisión». Esto se relacionaría de manera directa con la labor de la justicia constitucional, pues ésta tendría la tarea de intervenir «para corregir las más extremas circunstancias de desventajas socio-económicas en situaciones en que comunidades particulares o grupos son *también* excluidas de los procesos de decisión política y gobierno» (240). Según esta posición, el concepto de inclusión social también establece un límite al campo de acción de los jueces, toda vez que estos no podrían intervenir en una gran cantidad de casos en los que se presenten desigualdades socio-económicas, sino sólo en aquellos «casos extremos» de injusticia económica «en los cuales los individuos y las comunidades sufran también de exclusión política y social» (240).

Esto quiere decir que el tipo de exclusión a la que se hace referencia con los procesos de marginalización en sociedades fuertemente divididas, se refiere de manera específica a circunstancias (ya sean económicas, sociales o culturales) que llevan a la exclusión política de categorías enteras de individuos que son tratados como ciudadanos de segunda clase. Las fronteras entre un tipo de exclusión y otra son en realidad difíciles de establecer, pues las desigualdades sociales y económicas tienen el efecto común de marginar las voces de algunos grupos y magnificar la de otros (Young, 2000: 34).

Por esta razón, el tipo de intervención de una justicia constitucional que actúe de manera acorde a los principios democráticos debe concentrarse precisamente en aquellos casos (como los estudiados en la SEGUNDA PARTE de esta tesis) en los cuales se evidencian procesos en los que grupos enteros de la población están siendo tratados como ciudadanos de segunda clase. No se trata entonces de los simples perdedores del proceso democrático. Como

acertadamente anota Tushnet, es necesario distinguir entre «*meros perdedores* y minorías que pierden porque no pueden protegerse a sí mismas en política». Esto implica reconocer que la mera desventaja numérica no significa constituir una minoría que requiera alguna protección especial. Siempre que hay una votación hay una minoría que es derrotada: «Alguien pierde siempre que se hace una votación: Toda ley pasa por encima de las opiniones de la minoría» (Tushnet, 1999: 159). Lo relevante no sería entonces que una minoría pierda en las votaciones, sino el hecho de convertirse en una especie de grupo paria excluido de las posibilidades que ofrece la política como medio de protección de sus intereses y derechos. Tushnet considera que, incluso cuando se dan estos casos, el papel de un tribunal constitucional es indeseable:

Piénsese en lo que los jueces deberían hacer para abordar las limitaciones que el terrorismo y las condiciones económicas implican en la habilidad para ejercer el derecho al voto que la Constitución y las leyes garantizan formalmente. Tendrían que desplegar fuerzas de policía y reordenar la economía. Si la *judicial review* limitada a las exclusiones formales al derecho al voto no es un gran problema, un control de constitucionalidad que se encargue de estas exclusiones informales iría más allá de cualquier cosa que las cortes hayan hecho hasta ahora. Podemos estar seguros de que eso no pasará nunca, cualesquiera sean sus méritos teóricos» (Tushnet, 1999: 160).

Pero no es tan claro que la intervención de los jueces exija intervenciones que impliquen los excesos que teme Tushnet. La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana es un buen ejemplo de un esfuerzo por establecer los contornos en los que un control que se centre en las *exclusiones informales* y no solo en las *formales*. No hay duda que ante procesos sociales complejos que requieren diversos tipos de acción, la labor de la justicia constitucional no puede ser la de establecer procesos gerenciales en los que decida de manera

autónoma y a espaldas de los afectados y de las demás instituciones democráticas las medidas a tomar. Ante tales situaciones, los tribunales constitucionales deben asumir una actitud dialogante, en la cual se tenga en cuenta las quejas provenientes de la sociedad civil y los aportes de los demás poderes públicos.

Esto implica alejarse de la idea liberal de separación de poderes, tan apreciada por el *constitucionalismo jurídico*, según la cual las relaciones entre poderes deben ser entendidas de una manera agonal, es decir, como una competencia entre poderes establecida a través del diseño de *checks and balances* que tienen por fin «contener los irrefrenables excesos mayoritarios para evitar la opresión de unos sobre otros (y, en particular, la de las mayorías sobre las minorías)» (Gargarella, 2014a: 130). Debe entenderse, por el contrario, que estos poderes divididos deben establecer relaciones de colaboración en las que tanto la constitución como las diferentes instituciones que integran el Estado democrático de derecho tienen como objetivo común el hacer posible el gobierno de personas libres e iguales¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Es a esto a lo que se refiere Goldoni cuando afirma:

La idea de la separación o división de poderes no tiene por qué ser entendida en términos puramente liberales, lo que implicaría una organización de los poderes como una limitación de la acción política. Por el contrario: la separación de poderes, sea vertical (federalismo o regionalismo, por ejemplo) u horizontal (Vile, 1967), es la principal técnica para asegurar que los poderes se desarrollarán al tiempo que se controlan mutuamente (Arendt, 1990, 151). (Goldoni, 2014: 404).

De igual manera afirma Gargarella que un modelo deliberativo de democracia requiere «una lógica de organización institucional diferente de la que ofrece el sistema de frenos y contrapesos: *mientras que ese sistema [...] se orienta a evitar y canalizar la guerra social, el dialógico requiere orientarse hacia otros fines, de modo tal de organizar y facilitar una*

3.2.4. Inclusión política más allá de los derechos de participación

La inclusión política va más allá de la sola asignación de derechos de participación (por importante que ésta sea), pues la negación de los derechos que hacen posible la autonomía privada (tanto los derechos de libertad como los derechos sociales) termina por crear o mantener situaciones de exclusión social y política que sitúan a ciertos grupos (es decir, a los individuos que los integran) en una posición de subordinación que impide que participen como iguales en la comunidad política. El sistema democrático, entendido como la forma de gobierno que se da una comunidad de personas libres e iguales, se encuentra con la mayor de las amenazas al enfrentarse a las diferentes formas de exclusión. En este sentido, es una tarea puramente democrática la superación de estas condiciones y es de vital importancia determinar si la justicia constitucional puede o no jugar un papel en la prevención del establecimiento o mantenimiento de sub-clases de desposeídos, es decir, si los jueces pueden contribuir en la protección de los derechos constitucionales de una manera tal que permita y refuerce el gobierno democrático.

Si la inclusión política –tal como lo afirma el *constitucionalismo deliberativo*– exige el reconocimiento de derechos políticos, civiles y sociales, debemos entonces valorar la condición democrática del control de constitucionalidad teniendo en cuenta la manera en que éste, como uno entre otros mecanismos constitucionales, se relaciona con estos grupos de derechos. Cuando hablamos de relaciones entre procedimientos y derechos constitucionales hacemos referencia a la capacidad de los primeros de afectar los segundos. Esta afectación puede ser positiva o negativa, pudiéndose dar el caso de que una

conversación extendida entre iguales» (Gargarella, 2014a: 125) (cursiva en el texto original).

determinada institución constitucional logre proteger algunos derechos constitucionales pero, al hacerlo, tienda a limitar otros igualmente importantes.

En el caso del control de constitucionalidad la contradicción se presenta generalmente entre los derechos civiles y sociales, por un lado, y los derechos de participación por el otro. Esta, sin embargo, es una situación bastante compleja toda vez que las relaciones entre unos grupos de derechos y otros, como se dijo al hablar de los diferentes tipos de derechos, es de complementariedad. Si suponemos, en un primer momento, que la justicia constitucional es un mecanismo eficiente en la protección de los derechos sociales y civiles, podemos de igual manera preguntarnos por la manera en que ésta puede también afectar los derechos de participación. Se debe tener en cuenta, como afirma Habermas, que «[l]os derechos negativos de libertad y los derechos sociales pueden [...] venir otorgados en términos paternalistas» (1998: 143) y que este «goce pasivo de derechos paternalísticamente otorgados» (Habermas, 1998: 634), puede significar un riesgo para la autonomía de los ciudadanos y, por lo tanto, para la democracia. El traslado de la toma de decisiones de la mayor importancia política y jurídica a la justicia constitucional y la limitación de los espacios de decisión propios de los procedimientos mayoritarios hace pensar, como plantean los procedimentalistas, que la participación política se ve en principio afectada por el actuar de la justicia constitucional, aun cuando su actuación sea eficaz en la protección de los derechos civiles y sociales.

Frente a esto pueden presentarse dos planteamientos. En primer lugar, puede decirse que incluso reconociendo la limitación que implica el establecimiento de la justicia constitucional para los derechos de participación, dicha limitación se justifica siempre que la afectación de los derechos de participación se vea compensada por la mayor protección de los derechos

civiles y sociales. Dado que todos los grupos de derechos son igualmente importantes, no es posible afirmar que una limitación en los derechos de participación es ilegítima si logra mostrarse que dicha limitación tiene como consecuencia la protección de otros derechos constitucionales. En palabras de Lafont, «[l]o que está en cuestión es la asunción tácita de que una pérdida de autogobierno democrático es simplemente el precio que se debe pagar por la institución de la justicia constitucional» (2016: 266)¹⁵⁵.

Ahora, si se asume la interdependencia de los derechos, un enfoque como el comentado resultaría inadecuado, pues si los diferentes grupos de derechos buscan proteger precisamente la autonomía pública y privada, la justificación del control de constitucionalidad derivaría de la capacidad que pueda tener esta

¹⁵⁵ Como afirma la autora, «para quienes piensan que los procesos democráticos poseen exclusivamente un valor instrumental, el precio no es de ninguna manera alto, siempre que el control de constitucionalidad produzca los resultados esperados en la mejora de la protección de los derechos» (Lafont, 2016: 266). Pero esta perspectiva es adoptada igualmente por autores que reconocen el valor intrínseco de la participación política. Es ésta precisamente la posición de Bayón en *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, en donde busca hacer frente al «hecho intelectualmente incómodo» consistente en que, a pesar de compartir los ideales de autonomía privada y autonomía política «una raíz común e incluso puedan considerarse igualmente valiosos» este hecho «no implica en modo alguno que no pueda haber conflictos o tensiones entre uno y otro», lo que significa «hacer frente, en suma, a la pregunta fundamental de si dos criterios distintos de legitimidad del poder que en principio nos parecen igualmente esenciales e irrenunciables conviven armoniosamente en una relación de complementariedad libre de fricciones o, por el contrario, pueden colisionar y resultar difíciles de acomodar en un diseño institucional coherente» (2004: 78).

institución de proteger los derechos que hacen posible el gobierno democrático. No basta entonces afirmar la capacidad de proteger los derechos, por ejemplo, de libertad, si no logramos mostrar cómo esto puede afectar (no necesariamente de forma negativa) a los derechos políticos y cómo en el balance general encontramos que esta afectación es democráticamente satisfactoria.

Los derechos, siguiendo este planteamiento, deben ser entendidos como hilos a través de los cuales se teje la red que conforma el gobierno democrático, los cuales tienen puntos de encuentro que establecen conexiones que refuerzan la democracia misma. Es por esta razón que es de suma importancia entender el significado democrático de las intervenciones de la justicia constitucional cuando protege ciertos derechos. Para que sea así, la actuación de los jueces constitucionales debe estar encaminada a la apertura de la democracia y no a su cierre. Debe ser una herramienta más para la ampliación de la deliberación pública y debe garantizar los derechos de manera tal que quienes estaban fuera del debate democrático puedan integrarse. Es decir, debemos preguntarnos si esta institución tiene la capacidad a través de sus fallos de integrar a aquellos que han quedado fuera de los procedimientos políticos ordinarios y, de esta manera, reforzar la democracia al compensar «las deficiencias de la representación al dar a miembros de los grupos marginalizados vías adicionales de control y rectificación» (King, 2012: 176)¹⁵⁶.

¹⁵⁶ A esta perspectiva es a la que hace mención Sheppard (2013) al referirse al *process-based constitutionalism*, en el cual los jueces enfocan sus esfuerzos en asegurar la presencia de estructuras de gobierno participativas -estructuras «atentas a las necesidades de las comunidades minoritarias» (2013: 557). Para Sheppard, este *giro procedimental*, a pesar de ser «una promesa importante para aquellos sin poder o privilegios en nuestra sociedad, al asignarles derechos de participación en procesos de

Si tenemos razones para que que, en efecto, los jueces se encuentran «bien situados para cumplir [la tarea de ser un motor crucial del debate público], pues su principal función es la de recibir quejas de todos aquellos marginados o severamente afectados por las decisiones de las ramas del poder público» y que, en determinados contextos, «representan el principal canal que tienen los grupos desaventajados para ser oídos cuando los órganos políticos se niegan a oír o indebidamente desestiman sus demandas» (Gargarella, 2006: 28), no podemos negar la posibilidad de que cumplan una función genuinamente democrática.

Esta función genuinamente democrática está entonces determinada por dos elementos. En primer lugar, por la capacidad de la justicia constitucional de incluir aquellos dejados por fuera del proceso político. En segundo lugar, por el tipo de procedimientos adoptados por la justicia constitucional al momento de proteger los derechos. Ambos elementos están determinados por el contexto. En el primer caso, dependerá de una doble valoración en la que, por un lado, se

decisión social e institucional», puede representar también un peligro pues, como lo mostraría el caso canadiense, «si la interpretación del derecho asegura los procesos antes que la sustancia, podría minar la posibilidad de obtener remedios sustantivos concretos a través del uso del litigio constitucional. Los derechos procedimentales se convertirían en sustitutos de los derechos sustantivos, los cuales podrían no llegar a realizarse nunca». Así «a pesar de ser potencialmente útiles, los derechos procedimentales pueden no ser suficientes para desafiar un *statu quo* institucional o político inequitativo». No veo, sin embargo, que la ampliación de la deliberación democrática que significaría la implementación de este *giro procedimental* en la justicia constitucional pueda tener los efectos negativos denunciados por Shappard. Esto, sin negar que advertencias como las elevadas por Sheppard sí logran poner el foco en el tipo de intervenciones necesarias para la apertura de nuevas formas de participación.

reconozca la incapacidad de los procedimientos representativos de incluir y proteger los derechos de todos los miembros de la comunidad política y, por el otro, que ante esta incapacidad tenemos razones para pensar que la justicia constitucional puede hacer aporte encaminados a la protección de los derechos de estos grupos políticamente excluidos.

De igual manera, en lo que se refiere a la implementación de procedimientos abiertos al diálogo, esto dependerá de su efectivo establecimiento, ya sea por medios jurisprudenciales o legales. Como puede observarse, la justicia constitucional no se encuentra así justificada por la mera existencia de derechos constitucionales. Tampoco puede entenderse como necesariamente antidemocrática por limitar los derechos de participación política. En determinados contextos, la justicia constitucional puede estar legitimada en la medida en que sus fallos puedan ser considerados como aportes al gobierno democrático.

3.3. Ely y el control de constitucionalidad como aporte al proceso democrático

Para finalizar este capítulo pasaremos a estudiar los dos elementos identificados como necesarios para el establecimiento de una justicia constitucional que sea acorde con los principios del gobierno democrático. Para ello, recurriremos al análisis y reinterpretación de un planteamiento clásico sobre la legitimidad del control de constitucionalidad que puede ser útil para dar claridad sobre los elementos relativos a la justificación de la justicia constitucional. Hace más de treinta años John Hart Ely, en el ya clásico libro *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980), propuso que la labor de la justicia constitucional debía estar encaminada al cumplimiento de dos tareas: «de un lado, despejar los canales del cambio político y, del otro, corregir ciertos tipos de discriminación en contra de las minorías» (Ely, 1980: 74).

Estas dos tareas, como afirma Gargarella, comparten con las tesis cercanas al *constitucionalismo deliberativo* la convicción de que «cualquier restricción arbitraria a la libertad de expresión, la discriminación de alguna minoría, o la violación de los procedimientos electorales implican unos obstáculos fundamentales para que se pueda desarrollar un diálogo público significativo» (Gargarella, 1996: 162). Este enfoque en el proceso democrático y su insistencia en la necesidad de proteger a aquellas *minorías discretas e insulares*, tuvo el gran mérito de dar «a la desconfianza liberal contra las mayorías tiránicas un sorprendente giro procedimental» (Habermas, 1998: 338).

Ely logra poner en el centro de la discusión el papel democrático que puede jugar la justicia constitucional. Sin embargo, su concepción de la protección de derechos a través de los mecanismos de la justicia constitucional sigue anclada en una idea pluralista y agonal de la democracia, que termina por limitar el alcance de su propuesta (Gargarella, 1996: 153-172). Para entender dichos límites nos referiremos brevemente a los elementos que componen la teoría de Ely. A pesar de consistir en soluciones y medidas distintas, ambos están basados en la forma en que este autor concibe la representación en una democracia pluralista. Ely considera que el principal riesgo que existe en una democracia es el hecho de que las mayorías puedan usar su posición de poder para beneficiarse a sí misma ya sea (i) excluyendo de los beneficios sociales a las minorías (y en esto consistiría la discriminación) (apartado 3.3.1.), ya sea (ii) obstruyendo el proceso de cambio político al bloquear el proceso democrático mismo (apartado 3.3.2.).

3.3.1. La representación en la democracia pluralista

Ely, siguiendo la tradición pluralista, entiende el proceso político-representativo como un proceso a través del cual los representantes actúan

como correas de transmisión para la toma de decisiones que satisfacen los intereses prepolíticos de los votantes. De esta manera, el gobierno representativo se muestra como una herramienta útil para controlar el poder de los gobernantes frente a los gobernados, ya que a través de las elecciones los últimos pueden retirar su confianza a los primeros en caso de que sus intereses no estén debidamente representados. Este mecanismo, a pesar de sus virtudes, se muestra insuficiente, según la descripción hecha por Ely, frente al poder que las mayorías podrían ejercer en contra de las minorías. Para el autor norteamericano, los diseñadores del sistema norteamericano no consideraron esto un gran problema pues entendían que existía una homogeneidad de intereses entre los gobernados que evitaría la dominación de las minorías por parte de las mayorías (Ely, 1980: 78-79).

Dada la pluralidad existente en las sociedades actuales, en las cuales diferentes grupos con diferentes intereses se enfrentan en la arena política, no es posible compartir, afirma Ely, la visión de los defensores del gobierno representativo. De hecho, Ely considera que no todos los fundadores del sistema norteamericano compartían esta visión de una sociedad homogénea. Madison, por ejemplo, entendía que para proteger a una parte de la sociedad en contra de la injusticia de la otra era necesario dividir la sociedad en tantos grupos de ciudadanos como fuera necesario, de manera que «una injusta combinación de una mayoría del todo fuera muy improbable, sino imposible» (2003: 321). Ely traduce esta idea de la siguiente manera: «a pesar de que en el nivel local una “facción” puede llegar a tener la suficiente influencia para poder tiranizar a otros, en el gobierno nacional ninguna facción o grupo de interés constituiría una mayoría capaz de lograr ese control» (Ely, 1980: 80). Sin embargo, la estrategia madisoniana de división de los grupos de ciudadanos y

la división horizontal y vertical del poder se muestra insuficiente para la protección de las minorías:

El hecho de que las mayorías efectivamente operantes puedan ser descritas como grupos de minorías que cooperan entre sí, no es de mucha ayuda cuando el grupo en cuestión tiene suficiente poder y se percibe como una comunidad de intereses que puede beneficiarse a sí misma a expensas de la minoría (o grupo de minorías) a la cual está inclinada a ver cómo diferente, y en una situación de este tipo el hecho de que una pluralidad de poderes deba concurrir y que los otros conserven el derecho a quejarse, no será de gran ayuda (Ely, 1980: 81-82).

Para Ely esto significa que el problema de la tiranía de la mayoría (o de la coalición de intereses de varias minorías) persistiría y, por tanto, sería necesario encontrar una manera de atacarlo. Esto significaría que las minorías que, en condición de tales, no tienen capacidad de hacer valer sus intereses a través de la representación política, deben ser de alguna manera representados: «deben ser representados en el sentido de que sus intereses no deben ser dejados de tener en cuenta o no deben ser valorados negativamente en el proceso legislativo» (Ely, 1980: 223).

Los jueces garantizarían una suerte de *representación virtual* de dos maneras. En primer lugar, deben evitar el trato discriminatorio en contra de minorías *discretas e insulares*, asegurando que los beneficios que establezcan para sí quienes tengan poder para decidir, pueda ser disfrutado también por aquellos sin poder (Ely, 1980: 82-84). Es así como la justicia constitucional *corregiría los diferentes tipos de discriminación en contra de las minorías*. En segundo lugar, los jueces pueden ejercer esta representación virtual asegurándose de que las mayorías no usen su poder en las instituciones representativas para minar el proceso democrático y bloquear así las vías del cambio político.

3.3.2. Un giro deliberativo

Como se puede observar, la preocupación central de Ely es el proceso democrático. El papel de los jueces está dirigido a corregir este proceso, de manera que su función, lejos de suponer tomar posiciones sustantivas, se limita a hacer juicios sobre el cumplimiento de los procedimientos. Hay aquí una fuerte separación entre sustancia y procedimientos que permitiría diferenciar la labor institucional del juez y la del político. Ferreres Comella resume el argumento expuesto en *Democracy and Distrust* de la siguiente manera:

Ely distingue entre sustancia y proceso por razones institucionales. Los tribunales no están en mejor posición que las asambleas legislativas para especificar los valores fundamentales de carácter sustantivo. Dado que la identificación y elaboración de valores sustantivos es asunto controvertido, y dado que los tribunales no están en mejor posición que los legisladores para afrontar esta tarea, la democracia exige que sean las mayorías legislativas quienes decidan. Los tribunales, en cambio, son mejores que los legisladores a la hora de identificar supuestos en que el proceso político no opera correctamente desde una perspectiva democrática. Quienes constituyen una mayoría gobernante no tienen incentivos para corregir el defectuoso funcionamiento del sistema. Instituciones externas como los tribunales de justicia están mejor situadas para detectar el problema y buscar una solución, pues no tienen tanto interés en mantener el *statu quo*. (Ferreres Comella, 2010: 493)

El problema que se presenta con la posición defendida por Ely es entonces doble. Por un lado, asume una separación entre forma y sustancia sumamente problemática (como ha sabido criticar Dworkin, 1985: 57-71. Ver apartado **2.4. del Capítulo II**)¹⁵⁷. Por el otro, asume una concepción limitada de la democracia

¹⁵⁷ Ely asume que las cuestiones de procedimiento, a diferencia de las sustantivas, no son cuestiones controvertidas. Por este motivo, los jueces aquí se encontrarían en una

según la cual el proceso democrático se reduce a los procedimientos democrático representativos y no a un proceso de deliberación abierta a todos. Los procesos democráticos van más allá de «la formación intraparlamentaria de la voluntad», la cual «sólo constituye un pequeño segmento de la vida pública» (Habermas, 1998: 561). Van también más allá de la necesidad de «despejar los canales del cambio político» y exigen mantener «el carácter discursivo de la formación no institucionalizada de la opinión en el espacio político público» (Habermas, 1998: 561). Como se afirmó en los apartados anteriores, hacer posible esto requiere la protección de los derechos vinculados a la defensa de la autonomía pública y la autonomía privada.

La preocupación por los procedimientos democráticos, desde la óptica del *constitucionalismo deliberativo*, va más allá de simplemente evitar que «se cierren las avenidas del diálogo público» y exige «que se ensanchen tales avenidas tanto como sea razonable hacerlo» (Gargarella, 1996: 164). El espacio de intervención de los tribunales constitucionales no se reduce al control de los procesos formales de producción de la voluntad política (procedimientos

buena posición para fallar, pues la única razón por la cual las mayorías podrían violar estos presupuestos procedimentales serían resultado de su deseo de aprovecharse de su posición de poder. El problema al que nos enfrentamos aquí, como vimos en el **Capítulo II**, es el hecho de que los desacuerdos reinan también en cuestiones procedimentales y la pregunta sobre cuál es el valor de los procedimientos democráticos vuelve a presentarse al momento de decidir. A esto se refiere la conocida frase de Dworkin al afirmar que este tipo de proyectos contienen precisamente los juicios sustantivos que pretenden evitar: *The flight from substance must end in substance* (Dworkin, 1985: 69). También es cierto, como afirma King, que el regreso a la sustancia no implica que tengamos tanta sustancia como Dworkin esperaba (2012: 180).

parlamentarios), sino que abarca «la formación política de la opinión en circuitos informales de comunicación política» (Habermas, 1998: 349).

De igual manera, implica la inclusión de los que se encuentran por fuera de la comunidad política (ver apartado 3.2.). Tal como afirma Michelman:

la búsqueda de la libertad política a través del derecho depende de “nuestra” constante capacidad de incluir al otro (del hasta ahora excluido), lo que significa en la práctica hacer presentes en la doctrina legal las voces hasta ahora ausentes de aquellos grupos sociales emergentes que adquieren conciencia de sí (Michelman, 1988: 1529).

La tesis de Ely debe entonces ser reinterpretada de tal modo que se entienda que la primera función que éste le asigna a la justicia constitucional se amplíe de tal manera que no implique únicamente la extensión de los beneficios que las mayorías establecen para sí mismas a los grupos discriminados. Más allá de esto, debe entenderse como la exigencia de inclusión de todos los grupos que se encuentran excluidos del sistema político.

Esta inclusión implica la protección de los derechos vinculados a la autonomía privada y a la autonomía pública, así como a las condiciones materiales que hacen posible un actuar autónomo. Pero, de igual manera, la segunda función que Ely otorga a la justicia constitucional (la de evitar la obstrucción del cambio político), debe interpretarse desde una perspectiva deliberativa como la ampliación del diálogo y deliberación democrática tanto como sea posible. Por último, estas dos funciones no deben ser entendidas de forma inconexa. La inclusión de los grupos excluidos a través de la protección de sus derechos y la ampliación del diálogo democrático son dos caras de una misma moneda. Por esta razón, los tribunales constitucionales deben buscar ejercer su función de protección de derechos al tiempo que emplean

procedimientos tan abiertos como sea posible al diálogo (interinstitucional y con la sociedad civil).

SEGUNDA PARTE

LA LABOR DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS GRUPOS MARGINALIZADOS

Esta SEGUNDA PARTE supone un cambio de perspectiva con respecto a la PRIMERA PARTE en su acercamiento al debate sobre el control de constitucionalidad. En la PRIMERA PARTE (**Capítulos I, II y III**) se hizo un recorrido por las tres corrientes teóricas que se han ocupado de la problemática del control de constitucionalidad. En particular, el **Capítulo III** buscaba hacer énfasis en la necesidad de adoptar un enfoque alternativo tanto en la forma de abordar las relaciones entre los diferentes grupos de derechos (civiles, políticos y sociales) que tienen por objetivo la protección y realización de la autonomía pública, la autonomía privada y las condiciones materiales que garantizan el actuar autónomo, como en la forma en que las relaciones que se establecían entre los diferentes derechos se vinculaba a determinadas opciones institucionales.

Tal como se vio en el **Capítulo III**, la especial preocupación del *constitucionalismo deliberativo* por garantizar la inclusión de todos los afectados en los procesos de deliberación y decisión públicos implicaba un igual compromiso por la defensa de los derechos civiles, políticos y sociales. De igual manera, la afirmación de que es necesario tener en cuenta el contexto en el cual dichos derechos deben ser garantizados y la posibilidad de que la justicia constitucional juegue un papel importante en la protección de estos derechos, lleva a preguntarse por las posibles formas de intervención judicial que puedan ser consideradas democráticamente válidas.

En el **Capítulo III** se afirmó que para poder considerar legítima la intervención de la justicia constitucional, ésta debe poder ser entendida no como una limitación a la democracia, sino, por el contrario, como un aporte al gobierno democrático. Para poder ser considerado un aporte de este tipo, el actuar de los tribunales constitucionales debe enfocarse, en primer lugar, en proteger los derechos de aquellas personas y grupos para los cuales el

funcionamiento de las instituciones democrático-representativas se muestran como insuficientes o completamente inútiles. En segundo lugar, su actuar de llevarse a cabo de tal forma que busque expandir el debate público, permitiendo que nuevas voces, antes excluidas, cuenten con foros en los que sus intereses, opiniones y experiencias sean tenidos en cuenta.

En la SEGUNDA PARTE de esta tesis se han elegido cuatro casos abordados por la Corte Constitucional colombiana a través de los cuales es posible observar un tipo de intervención que, consideramos, soporta y expande la democracia. Antes de pasar a exponer las razones que llevaron a la elección de los casos propuestos, es oportuno dedicar algunas líneas a justificar la elección del caso colombiano.

La Corte Constitucional colombiana, junto con otros tribunales como la Corte Constitucional de Sudáfrica y la Corte Suprema de Argentina, ha sido objeto de estudio por ser una representante del activismo judicial en favor de la protección de los derechos constitucionales. Esta protección se ha dado en un contexto caracterizado por fuertes desigualdades sociales y violaciones sistemáticas de derechos humanos. Lo que hace especialmente interesante el caso colombiano (aunque las consecuencias que de su estudio se deriven pueden servir para analizar otras realidades) es esta combinación que se da entre una Corte Constitucional activa en la protección de los derechos fundamentales y un contexto de fuertes desigualdades y violaciones sistemáticas de derechos. En un contexto como el mencionado se ve de manera nítida cómo la intervención de la justicia constitucional puede significar un aporte democrático.

En cuanto a los casos elegidos, el criterio principal para su elección ha sido el de representar fallos en los cuales la Corte Constitucional ha buscado la

protección de grupos excluidos. Así, en el primero de los casos estudiados en el **Capítulo V**, la Corte protegió el derecho a la consulta previa del pueblo U'wa ante la intervención en su territorio de empresas petroleras (apartado 1.). En el segundo caso, el referido a la Sentencia T-760 de 2008, la Corte se ocupó de la protección de los derechos de los afectados por el sistema segregado de protección social en salud, grupo que se corresponde precisamente con aquellas personas de menores recursos en Colombia (apartado 2.). El tercero de los casos elegidos se corresponde con la protección de los derechos de las víctimas del desplazamiento derivado del conflicto interno colombiano (apartado 3.). Finalmente, en el apartado 4. se analizan los tres fallos en los que la Corte estudia las violaciones masivas de derechos humanos en el sistema carcelario colombiano.

Como puede observarse, todas las intervenciones analizadas tienen por objeto proteger derechos de grupos excluidos políticamente (las minorías étnicas, los pobres, las víctimas del conflicto interno y los presos). Pero, además de este importante hecho, es posible observar que las sentencias muestran también los lineamientos adecuados para que la protección de los derechos de estos grupos se haga además de una manera acorde con un ideal deliberativo de la democracia.

El análisis de las sentencias mencionadas está acompañado con un capítulo previo (**Capítulo IV**) en el cual se estudia desde una óptica teórica y jurisprudencial la identificación de los grupos políticamente excluidos, y las formas dialógicas de intervención para la protección de sus derechos. Para finalizar, en el **Capítulo VI** se hace un balance de las intervenciones de la Corte desde el punto de vista deliberativo defendido en el **Capítulo III** de la PRIMERA PARTE. En él se tienen en cuenta los dos aspectos mencionados: la protección de

los derechos de los grupos excluidos políticamente y la forma (dialogica o no) en que dicha proteccion se dio.

Capítulo IV. La protección constitucional de los grupos marginalizados

En el **Capítulo III** se afirmó que la justicia constitucional sólo podría considerarse legítima en la medida en que fuera factible concebir su actuar como un aporte al gobierno democrático. Este aporte se daría en aquellos casos en los cuales el control de constitucionalidad lograra el doble objetivo de incluir a aquellos que quedan por fuera de la comunidad política a través de la protección de sus derechos civiles, políticos y sociales, a la vez que se implementan procesos abiertos al diálogo democrático.

Las sentencias que se estudiarán en el **Capítulo V** presentan elementos que ilustran la manera en que estos dos objetivos pueden ser logrados. Sin embargo, antes de pasar al estudio de los casos, es conveniente dedicar un espacio al análisis de los dos elementos que componen el actuar de un constitucionalismo democrático. Así, el apartado 1. se ocupará de la categoría de grupo marginalizado o excluido y la forma en que la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana la ha abordado a través de los llamados *grupos de especial protección constitucional*. En el apartado 2., por su parte, se examinarán los elementos que integran el componente dialógico de una intervención judicial respetuosa de los principios democráticos.

1. *Grupos excluidos y la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*

La protección de derechos constitucionales concebida como un aporte al gobierno democrático está guiada por la búsqueda de la inclusión de todos los miembros de la comunidad política. Por esta razón es de gran relevancia la identificación de aquellos grupos que por diversas circunstancias se convierten en constantes perdedores en el reparto de cargas y beneficios sociales y cuyas voces son con frecuencia ignoradas. La Corte Constitucional colombiana ha reconocido este hecho y ha realizado un esfuerzo, si bien algo asistemático, por identificar a estos colectivos a los que ha agrupado en la categoría de *grupos de especial protección constitucional*.

1.1. **Grupos de especial protección constitucional**

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana el tratamiento dado a los grupos marginados ha estado relacionado de manera frecuente con lo que la Corte ha denominado *sujetos o grupos de especial protección constitucional*. Esta categoría deriva de la necesidad de dar cabida en la jurisprudencia constitucional a los mandatos de los incisos 2º y 3º del artículo 13 de la Constitución que exigen al Estado «promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva», adoptar «medidas en favor de grupos discriminados o marginados» y *proteger especialmente* a aquellas personas «que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta».

La evolución de este concepto ha tenido tres características. La primera de ellas se refiere a lo que podrían considerarse los elementos individuales y colectivos de la *especial protección*. Si bien en un principio la *especial protección* fue concebida como mecanismo para la defensa de individuos que se encontraban

en condiciones de vulnerabilidad, la evolución jurisprudencial llevó poco a poco a la inclusión de la categoría de grupo como un elemento necesario para entender las circunstancias sociales que situaban a ciertas personas en condiciones de marginación. La segunda característica se refiere a los elementos negativos y positivos que la obligación de *especial protección* implica. En un principio la Corte asumió que su tarea era la de evitar que el actuar del Estado fuera discriminatorio al negar algún beneficio a un determinado grupo que debía ser incluido o al imponer alguna carga cuando debía estar exento (problemas de discriminación derivados de regulaciones *infra-inclusivas* o *sobre-inclusivas*). Esta perspectiva dio luego paso a considerar que la igualdad protegida por la constitución podía ser violada no sólo por la acción del Estado, sino por también por su omisión. La tercera característica hace referencia a los criterios que sirven para identificar a los grupos que integran la categoría. La variada (y en ocasiones caótica) jurisprudencia constitucional acerca de los grupos marginados puede resumirse en un único criterio que permite diferentes interpretaciones. Un grupo requiere especial protección constitucional cuando, de no protegerse sus derechos, estos sufrirían un especial daño al verse comprometida su capacidad de participar en los procesos de deliberación y decisión pública.

1.1.1. De sujetos a grupos de especial protección constitucional

En primer lugar, la *especial protección* pasó de ser considerada una herramienta de protección a individuos en condiciones de vulnerabilidad a entenderse como un mecanismo para la defensa de miembros de grupos marginados.

En un principio, la categoría de *especial protección* se concibió como una herramienta de protección individual que permitía la tutela de los derechos de aquellas personas en *circunstancias de debilidad manifiesta*. Así se puede ver en la

Sentencia T-505 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), temprano fallo en el que la Corte declara la vulneración de la especial protección consagrada en el artículo 13 de la Constitución por la no atención médica de un portador del VIH/SIDA. Si bien en este fallo la Corte se centra en las circunstancias particulares de la persona que solicita un remedio judicial, ya en esta sentencia se comienzan a establecer las relaciones existentes entre la situación de debilidad del demandante y la condición de pertenencia a determinados grupos especialmente vulnerables. Así, dice la Corte, los efectos perniciosos que produce el VIH/SIDA no afectan de igual manera a todos los grupos pues recaen «predominantemente en sectores desfavorecidos y marginales de la población, golpeando desproporcionadamente a los grupos de bajos ingresos».

En los años siguientes se incluyeron en la categoría de sujetos de especial protección a los niños¹⁵⁸, a los adultos mayores¹⁵⁹ y a las mujeres en estado de embarazo¹⁶⁰, recurriendo en mayor medida a las condiciones de debilidad manifiesta de las personas demandantes (inciso 3º del artículo 13 de la Constitución). Sin embargo, ya en estos mismos años se comenzaba a ver el surgimiento de una nueva jurisprudencia en la que la Corte reconocía una

¹⁵⁸ Sentencias SU-225 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-911 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) relativas al derecho a la salud y a la especial protección de los niños como personas en situación de debilidad manifiesta.

¹⁵⁹ Sentencias T-184 de 1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara) y T-458 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) relativas al derecho a la pensión y a la especial protección de los adultos mayores.

¹⁶⁰ Sentencias T-373 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-739 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara), T-874 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y T-902 de 1999 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) relativas a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y su especial protección como grupo vulnerable.

especial protección a grupos debido a las condiciones especiales que ocupaban en el contexto social colombiano y a la condición de discriminación y marginación en que se encontraban.

Este cambio de enfoque estuvo motivado por las dificultades que suponía la protección individual de los derechos de los miembros de las comunidades indígenas. De esta manera, en la Sentencia T-380 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)¹⁶¹ la Corte invocó el artículo 13 (y no sólo el artículo 7º que reconoce la diversidad étnica y cultural) para proteger los derechos de la comunidad indígena Emberá-Katío de Chajeradó frente a la explotación no consentida de recursos naturales renovables en sus territorios. Dada la titularidad colectiva de estos territorios, la protección individual del derecho no procedía en este caso. Como consecuencia, la Corte afirmó, por una parte, que las comunidades indígenas debían ser entendidas como «sujeto[s] colectivo[s] y no [como] una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos» y, por otra, que dichas comunidades, dado su carácter minoritario y «su diversidad étnica y cultural [...] [requerían] de una especial protección del Estado».

Los elementos colectivos implícitos en la categoría de especial protección constitucional fueron tomando forma en los fallos en los cuales la Corte se vio enfrentada a dos graves problemas de violaciones de derechos en Colombia: la desprotección relacionada con el derecho a la salud y las violaciones masivas de derechos consecuencia del desplazamiento forzado. De esta manera, en un

¹⁶¹ Esta sentencia, junto con la T-428 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón), dio inicio a toda una línea jurisprudencial sobre los derechos de las minorías étnicas, de la cual hacen parte tanto la SU-039 de 1997 como los Autos 004 y 005 de 2009, estudiados en los apartados 1. y 3. del **Capítulo V**.

importante fallo (Sentencia SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte consideró que el Estado era responsable por la falta de acción en la protección del derecho a la salud de la población infantil afectada por meningitis. En esta decisión la Corte avanzó varios aspectos relevantes respecto de los elementos colectivos de la especial protección establecida en el Artículo 13 constitucional. Con el fin de abordar el problema que le había sido presentado, la Corte consideró que era necesario identificar al *grupo de personas discriminadas o marginadas*¹⁶². Es decir, consideró que en el caso estudiado no se trataba simplemente de violaciones individuales del derecho a la salud, sino de una situación generalizada en la que tanto las familias de los afectados, como los afectados mismos, se encontraban en condiciones de desamparo que se

¹⁶² Si bien en el caso estudiado por la Corte el grupo del que se predica la *especial protección constitucional* es el de los niños, en la sentencia aparece de manera constante la relación existente entre las condiciones socio-económicas de las familias y la afectación de derechos fundamentales. De esta manera, la Corte afirma:

Los actores son personas de escasos recursos económicos, que laboran en el sector informal de la economía y que se ven obligados a dejar a sus hijos diariamente en los hogares comunitarios del bienestar familiar. Adicionalmente, - según se afirma en la acción de tutela -, no se encuentran afiliados a ninguno de los regímenes (subsidiado o contributivo) que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Alegan que sus hijos están en situación de alto riesgo dado que viven en condiciones de hacinamiento, falta de higiene y pobreza. Adicionalmente, no tienen derecho a la atención médica oportuna, ni acceso a subsidio alguno para la compra de medicamentos o para sufragar los costos de una eventual rehabilitación.

Esto muestra que, si bien la Corte busca apoyarse de manera exclusiva para la identificación del grupo en la situación de indefensión de la población infantil, lo que en realidad se enfrentaba era a una suma de factores que ponían en una situación de extrema vulnerabilidad no sólo los menores, sino a un grupo poblacional completo afectados por la pobreza extrema.

explicaban por su pertenencia a un grupo: al de menores «hijos de las gentes más pobres del país».

En el caso de los desplazados, la Corte expidió una serie de sentencias debido a la crisis humanitaria que significó (y sigue significando) el desplazamiento interno forzado en Colombia. En esta ocasión la Corte comenzó a desarrollar una línea jurisprudencial (no tan precisa como sería deseable) en la que se protegió a la población desplazada a través del derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución. Esta protección fue llevada a cabo bajo los parámetros de ambos incisos (2º y 3º), teniendo en cuenta tanto las condiciones de discriminación y marginalidad del grupo, como las circunstancias de debilidad manifiesta de las personas desplazadas.

Estas condiciones operaron no sólo para proteger al grupo de desplazados como sujetos especialmente afectados por el conflicto, sino también a los diferentes grupos dentro de la población desplazada, es decir, los incisos 2º y 3º del artículo 13 exigen, según la interpretación de la Corte, una doble protección: por un lado implican la defensa de las personas que se encuentran en situación de desplazamiento a través de políticas desarrolladas por el Estado para hacer frente a la crisis humanitaria derivada de la existencia de más de cuatro millones de personas expulsadas de sus lugares de origen. Por otro, estos mismos incisos requieren que, dentro del mismo grupo de desplazados, se identifique y proteja a aquellos sectores más afectados por el desplazamiento dada su condición de debilidad (como es el caso de los niños, las madres cabeza de familia, las minorías étnicas, etc.)¹⁶³.

¹⁶³ Tal como lo establece en la Sentencia T-602 de 2003 (M.P. Jaime Araújo Rentería),

la atención a la población desplazada debe basarse en acciones afirmativas y en enfoques diferenciales sensibles al género, la generación, la etnia, la discapacidad y la

1.1.2. Acción e inacción por parte del Estado

La segunda característica que presenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo que respecta a los grupos de especial protección constitucional, es la consideración de la necesidad de una protección no sólo frente a la acción estatal, sino también frente a la ausencia de acción.

De esta manera, en la citada SU-225 de 1998, la Corte afirmó que en aquellos casos en los que determinados grupos se encuentran en condiciones de marginación «lo que se espera del Estado no es precisamente una abstención, sino una acción positiva». Es decir, cuando una parte de la población carece de la garantía mínima de sus derechos constitucionales, y tal garantía sólo es posible a través de acciones positivas por parte del Estado, «la antijuridicidad la constituye la abstención misma del Estado», pues la «pasividad ante la marginación y la discriminación que sufren algunos miembros de la sociedad, no se compagina con el orden justo efectivo que procura legitimidad al Estado social de derecho y, menos todavía, con el cumplimiento de la cláusula que proscribe la marginación y la discriminación».

De forma similar, en el caso de desplazamiento forzado, la Corte afirmó (Sentencia T-602 de 2003) que el artículo 13 no sólo establecía que la Constitución protege a los desplazados «frente a conductas discriminatorias», sino que «propende por la erradicación de los patrones de discriminación y

opción sexual. Las medidas positivas, entonces, deben estar orientadas a la satisfacción de las necesidades de los grupos más vulnerables, tales como los niños, los adultos mayores o las personas discapacitadas.

obliga a la acción positiva a favor de las personas en situación de desplazamiento forzado interno»¹⁶⁴.

1.1.3. Criterios de identificación de los grupos

La última de las características que presenta la línea jurisprudencial de la Corte en lo que respecta a la *especial protección constitucional*, es la referida a los rasgos propios de los grupos marginados.

En este caso, de nuevo la Sentencia SU-225 de 1998 hizo aportes importantes en lo que se refiere a la identificación de los grupos. El primero de estos elementos se relacionaba con la ausencia «de voz propia en la adopción de decisiones políticas» de quienes eran los principales afectados por la pasividad estatal: los menores. El segundo, estrechamente ligado al primero, se refería a las condiciones de marginación de aquellos llamados a proteger y hablar en nombre de los afectados, es decir, sus familias. Para la Corte, «[p]ese a que los problemas de marginación y discriminación, no se reducen a la pobreza extrema, tal vez es ésta la fuente más común del fenómeno». La pobreza, que reduce «hasta grados extremos la posibilidad de resolver de manera autónoma las necesidades vitales de las personas que [la] padecen», se convierte en sí misma en una causa de exclusión política que se ve directamente relacionada con la afectación del derecho a la salud de los menores.

¹⁶⁴ De manera similar, en la Sentencia T-418 de 2010 (M.P. María Victoria Calle Correa), la Corte ordenó que se adoptaran «las medidas adecuadas y necesarias para diseñar un plan específico para la comunidad rural a la que pertenecen los accionantes, para asegurarles que no sean los últimos de la fila en acceder al servicio de agua». Este tipo de protección se justificaba debido a que «[l]as personas que habitan en el sector rural y tienen limitados recursos económicos, tienen derecho a ser protegidas especialmente, asegurándoles que no sean “los últimos de la fila” en acceder al agua potable».

Por su parte, en la Sentencia C-741 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), en la cual se estudia un caso en el que también se veían violados los derechos de un grupo particularmente afectado por la pobreza, la Corte consideró que era necesario aplicar un control riguroso cuando se constatará que las medidas tomadas por el Estado pudieran suponer la «exclusión de sectores marginados»¹⁶⁵. Esta sentencia es de particular importancia pues el alto tribunal se ocupa de manera directa de los diferentes elementos que permiten identificar dichos grupos.

Para la Corte (y cito *in extenso* debido a la importancia de este párrafo):

[U]n grupo marginado puede estar compuesto por (i) personas que por su condición económica, física o mental, se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta; (ii) personas que en razón de la situación desventajosa en la que se encuentran, suelen ver limitado el ejercicio y el goce efectivo de sus derechos fundamentales; (iii) disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos que son objeto de aislamiento, estigmatización, maltrato, incompreensión o discriminación lo cual conduce a su marginamiento; (iv) población en situación de extrema pobreza, o en condiciones de manifiesta injusticia material y vulneración de la dignidad humana; o (v) un grupo de la población que no está en capacidad de participar del público y que, por lo tanto, no tiene voz propia en la adopción de

¹⁶⁵ En este caso, la Corte analizaba la constitucionalidad de algunos artículos del Régimen de Prestación de Servicios Públicos Domiciliarios (Ley 142 de 1994) en los cuales se excluía a ciertas organizaciones de la posibilidad de participar en la prestación de servicios públicos. El problema se presentaba pues algunas asociaciones (como las asociaciones de recicladores en la ciudad de Bogotá) no cumplían los requisitos establecidos en la ley al no estar constituidos como sociedades anónimas, a lo que se sumaba el hecho de que dichas asociaciones estaban formadas en su mayoría por personas en condiciones de pobreza.

las decisiones políticas que lo afectan. Así, el concepto de grupo marginado es más amplio que el de grupo discriminado. Comprende no solo a personas que han sido colocadas en una situación de desventaja por decisiones estatales, políticas públicas o prejuicios sociales, sino además a quienes dadas las condiciones reales en que viven, sin importar la causa, están en una situación de exclusión social, no se han incorporado a las actividades económicas acudiendo a las formas ordinarias para ello o están en la imposibilidad material de acceder a los beneficios de una sociedad organizada.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los grupos beneficiarios de una especial protección constitucional serían aquellos que, por diversas razones, se ven especialmente afectados por violaciones de derechos constitucionales y, como resultado, no pueden participar como iguales en los procesos de deliberación y decisión públicos. Es la falta de poder derivada de la violación de sus derechos la que justificaría, como lo afirmara Fiss en su clásico trabajo de 1976, esta «especial atención judicial a su favor» (Fiss, 1976: 153).

1.2. Exclusión política y la *especial protección*

La categoría de *grupos de especial protección constitucional* estudiada en los apartados anteriores está, como se ha podido ver, relacionada con las condiciones de marginalidad que ocupan ciertas personas en la sociedad. Estas condiciones de marginalidad o exclusión hacen referencia no sólo a vulneraciones individuales de derechos, sino a la existencia de desigualdades estructurales que ubican a ciertas personas en una posición de relativa desventaja.

Esto muestra que la categoría a la que hace referencia la Corte al hablar de grupos marginados es un concepto complejo que tiene en cuenta diversos elementos que permiten entender las condiciones en las cuales un determinado grupo requiere una *especial protección*. Esta complejidad se muestra en los dos

elementos mencionados: la referencia tanto a los grupos (y no sólo a individuos), como a las desigualdades que se revelan como *estructurales*, es decir, desigualdades derivadas de la ubicación de ciertos grupos en posiciones de desventaja relativa en una estructura social dada.

La adopción de esta idea fuerte de igualdad y protección constitucional ha permitido a la Corte pasar de un punto de vista meramente individual a uno en el que se tenga en cuenta la categoría de grupos. De igual forma, le ha permitido ampliar su perspectiva de análisis al incluir la posición relativa que ocupan ciertos grupos en la sociedad como elemento relevante al momento de juzgar el cumplimiento de los principios constitucionales.

1.2.1. Grupos sociales y desigualdades estructurales

El enfoque exigido por la cláusula de *especial protección constitucional* integra las categorías de grupos sociales y desigualdades estructurales. Estas desigualdades hacen referencia a «las restricciones relativas que afectan la libertad y bienestar material de algunas personas derivadas del efecto acumulativo de las posibilidades que ofrece su posición social, comparada con otras personas que, en sus posiciones sociales, tienen más opciones o un mejor acceso a beneficios» (Young, 2000: 98).

El complejo conjunto de hechos sociales que forman las estructuras sociales básicas y que «crean limitaciones y oportunidades sistemáticas que se refuerzan la una a la otra»¹⁶⁶, se presentan como elementos necesarios para el análisis de

¹⁶⁶ El posicionamiento en una estructura social, aunque no define por sí solo la identidad de los individuos, establece un conjunto de circunstancias que condicionan las posibilidades de acción (habilitándolas o constriñéndolas) (Young, 2000: 101). Esto quiere decir que si bien la existencia de grupos sociales -y las relaciones que entre ellos

las desigualdades que derivan en violaciones de derechos constitucionales, pues la ubicación en estas estructuras determina las «posiciones sociales que las personas ocupan» y «condicionan sus oportunidades y sus posibilidades de vida» (Young, 2000: 94).

En un contexto en el cual las desigualdades estructurales se presentan como particularmente peligrosas para el gobierno democrático, ya que implican relaciones de subordinación en las cuales los miembros de grupos marginados

se establecen- no fijan la identidad de las personas que a ellos pertenecen, sí condicionan las oportunidades a las que tendrán acceso los miembros del grupo, así como las restricciones por las que se verán afectados. Si bien los desplazados no tienen por qué verse a sí mismos como miembros del grupo, ni identificarse con unas prácticas determinadas –en caso de que las hubiera-, su acceso a la educación, salud, vivienda, seguridad física, alimento, trabajo, etc., sí se ve condicionado (aunque no exclusivamente) por la pertenencia al grupo.

Es en este sentido que deben entenderse las relaciones entre grupos, en las que, si bien elementos relativos a la identidad de los individuos y su relación con el grupo puede ocupar un lugar de mayor o menor importancia, es la posición de desventaja con respecto a otro grupo lo que causa problemas que afectan el principio de igualdad protegido por la constitución. Esto puede verse en el caso de minorías étnicas como los indígenas cuyos miembros, si bien establecen una estrecha relación entre su identidad y la conservación y protección de las formas de vida propias de los grupos a los que pertenecen, una parte importante de los conflictos que se presentan en relación con otros grupos se debe a la pérdida de su tierra y de los recursos de los cuales derivan su subsistencia, así como del desconocimiento de sus formas propias de gobierno (Young, 2000: 106). Es decir, incluso en aquellos casos en los que determinados grupos buscan que su cultura y formas de vida sean reconocidas por el resto de la sociedad, se dan diferencias de poder y exclusión que determinan un elemento político en el que coinciden en la lucha de otros grupos que no asumen exigencias identitarias.

ocupan posiciones que les impiden participar como miembros de pleno derecho en la comunidad política, el enfoque adoptado por la Corte se muestra como especialmente valioso.

1.2.2. Desigualdad y exclusión política

El concepto de desigualdades estructurales da cuenta en buena medida de las circunstancias en las cuales una persona puede encontrarse en una situación de exclusión política. De esta manera, la exclusión política hace referencia a aquellas situaciones en las que una persona ocupa una posición de desventaja relativa frente a otros, la cual condiciona de tal manera sus oportunidades, que ésta queda privada de los medios necesarios para iniciar y participar en los procesos de deliberación y decisión públicos. Las condiciones que marcan este tipo de exclusión, y a esto hacía precisamente referencia el párrafo citado de la Sentencia C-741 de 2003, pueden tener un origen variado¹⁶⁷. Pueden derivarse

¹⁶⁷ Los individuos o grupos pueden sufrir diferentes formas de injusticia que, si bien es común que se den de manera conjunta, pueden ser diferenciadas. Hablamos aquí de las diferentes formas de opresión y dominación. Para Young la opresión consiste en «procesos institucionales sistemáticos que impiden que algunas personas puedan aprender y usar capacidades satisfactorias y expansivas en entornos sociales reconocidos, o en procesos sociales institucionalizados que inhiben la capacidad de las personas para interactuar y comunicarse con otros o de expresar sus sentimientos y perspectivas sobre la vida social en contextos donde otros puedan escuchar». La dominación, por su parte, consiste en «condiciones institucionales que inhiben o impiden la participación en la determinación de las acciones o las condiciones de las acciones de las personas» (Young, 1990: 38). En la interpretación de estos términos que hace Bellamy, la opresión se refiere al daño causado por formas de interferencia directa o indirecta como la violencia, la explotación o la marginalización. La dominación, por

de la ausencia de derechos políticos, de la violación de libertades, de la existencia de prejuicios hacia ciertos grupos que hace que la voz de sus miembros no sea tenida en la misma estima que la de los demás, de la falta de recursos culturales que impide a ciertas personas expresarse en la arena pública o de la carencia de los recursos mínimos para subsistir.

La protección de los derechos civiles, políticos y sociales de los grupos marginados es precisamente una forma de reducir las condiciones de exclusión y de hacer posible la participación de quienes los integran en el proceso democrático. La misma posibilidad de cuestionar las decisiones tomadas a través de los procesos representativos y administrativos a través de mecanismos judiciales accesibles, puede ser un elemento que contribuya a evitar que sus razones sean ignoradas en los procesos democráticos.

Para que esto sea posible puede no bastar una actuación judicial basada en la protección de los derechos de los grupos excluidos. Esta protección debe buscar un intercambio dialógico que permita superar las complejas situaciones sociales que hacen posible la exclusión. Se necesita entonces no sólo una justicia constitucional consciente de que las desigualdades sociales fruto de la exclusión son atentados contra los derechos fundamentales y el gobierno democrático (y, por lo tanto, requieren de su intervención), sino también que la intervención de los jueces constitucionales esté abierta tanto a las demás instituciones democráticas, como a la sociedad civil.

su parte, se referiría a la capacidad de un individuo, grupo o institución de interferir sobre otros ignorando sus opiniones e intereses (Bellamy, 2007: 151).

2. *Constitucionalismo dialógico*

Los modelos de justicia constitucional que han venido a llamarse *constitucionalismo débil*, cuyos ejemplos más reconocidos han sido los modelos canadiense y británico con sus respectivas *notwithstanding clause* (en cabeza del legislativo) y *declaración de incompatibilidad* (en cabeza del poder judicial) forman un grupo especial al momento de analizar los problemas que tratamos. En estos modelos de constitucionalismo débil o *commonwealth* la característica principal es que la última palabra no la tienen los tribunales constitucionales, sino los órganos representativos¹⁶⁸.

En estos casos, la crítica democrática se ve fuertemente debilitada debido a que la intervención de los jueces, si bien importante, no es definitiva. Aquí, como en el caso de expertos que pudieran asesorar a los legisladores, la intervención de instituciones sin credenciales democráticas –como lo es la justicia constitucional– no sería contraria al derecho de participación pues seguiría estando en poder de los representantes (sometidos a la presión del electorado) decidir en última instancia cuál posición prevalece. Así lo han entendido los principales exponentes del procedimentalismo, quienes afirman

¹⁶⁸ Para una crítica a la distinción entre *constitucionalismo fuerte/constitucionalismo débil* ver Kavanagh (2015). Para la autora, la mencionada distinción no da cuenta de las relaciones que se establecen entre las diferentes autoridades (legislativas y judiciales), dado que se limita a observar quién tiene *la última palabra*. Este hecho hace que se pase por alto que, en sistemas como el del Reino Unido después de la expedición del *Human Rights Act* de 1998, los tribunales tienen un poder considerable para la protección de los derechos fundamentales y el parlamento se ha negado de manera reiterada a rechazar las declaraciones de incompatibilidad.

que su ataque no está dirigido al *modelo commonwealth* de constitucionalismo (Waldron, 2006a: 1354 – 1356; 2009b: 77; Bellamy, 2011)¹⁶⁹.

Este modelo de diálogo constitucional no representa entonces un problema desde el punto de vista de la participación. No es, sin embargo, el único modelo de diálogo. La justicia dialógica (o constitucionalismo dialógico) defiende un tipo de justicia constitucional que, si bien no da la última palabra a las asambleas legislativas, sí promueve un encuentro entre los diferentes afectados por las medidas adoptadas por los poderes públicos y las diferentes instancias de decisión¹⁷⁰. Para los defensores de este modelo, la manera de llegar a una respuesta imparcial (en el sentido de haber mostrado «igual respeto por los puntos de vista de todos los potencialmente afectados») exige «un continuo proceso de construcción colectiva, que implica idas y vueltas entre los ciudadanos, sus representantes, los jueces y un permanente proceso de desafíos y correcciones mutuas» (Gargarella, 2012: 242). Este «participar de un modo dialógico en la construcción del derecho» obliga a implementar procedimientos «abiertos a las voces de todos los afectados, situados en pie de igualdad» (Gargarella, 2012: 243)¹⁷¹.

¹⁶⁹ Para un análisis sobre la estructura básica del *modelo commonwealth* y su relación con los mecanismos de interpretación constructiva, ver Melero (2013).

¹⁷⁰ Entre los académicos que defiende este modelo de justicia constitucional encontramos a Dixon (2007), Gargarella (2012; 2014a; 2014b) o Rodríguez Garavito (2010a; 2010b).

¹⁷¹ En este sentido, la virtud de la justicia constitucional no consistiría en el aislamiento de la política ordinaria o la calidad de *expertos morales* que les correspondería a los jueces, sino la capacidad de iniciar diálogos constitucionales en los que participarían no sólo los tribunales, sino también los ciudadanos y sus representantes (Lafont, 2016).

Según la propuesta del constitucionalismo dialógico, un sistema de justicia constitucional estaría justificado siempre que, por medio de éste, se fortalezcan los procesos de deliberación democrática, estando obligados los jueces a «desafiar aquellas normas que aparezcan como el mero producto de presiones de grupos de interés, o que hayan sido aprobadas de modos no transparentes, privando a la ciudadanía del conocimiento de las razones en las que ellas están fundadas» (Gargarella, 2012: 244). El modelo dialógico se basa entonces en la premisa de que una justicia constitucional que opere de esta manera logra, primero, proteger de mejor manera los derechos de los ciudadanos (no sólo las libertades individuales, sino también los derechos sociales) y, segundo, ampliar la base del proceso deliberativo y, por lo tanto, mejora la participación democrática.

En lo que respecta a la Corte, la especial protección demandada por el principio de igualdad exige, por una parte, tomar medidas encaminadas a la tutela de los derechos violados, ya sea exigiendo al Estado el cese de las intervenciones que dan lugar a la violación o intervenir de tal manera que permita la protección de los derechos de los miembros del grupo. Por otra, la especial protección exige, parafraseando lo dicho en la Corte en la Sentencia C-741 de 2003, que las decisiones del juez constitucional estén encaminadas a posibilitar la participación de los grupos marginados en el debate público y que, por lo tanto, tengan voz en la adopción de las decisiones políticas que los afectan¹⁷².

¹⁷² Este objetivo del constitucionalismo dialógico de mejorar el debate público, va más allá de visiones un tanto empobrecedoras del mismo como las defendidas por Dworkin en *Freedom's Law*. Para el constitucionalismo dialógico la acción de los tribunales constitucionales mejora el debate público pues (i) da voz a personas y grupos que son

Estas dos exigencias se ven realizadas en el enfoque jurisprudencial dialógico adoptado por la Corte, con mayor o menor éxito, en algunas de las sentencias estudiadas en los siguientes numerales. El enfoque dialógico (denominado *diálogo constitucional* o *constitucionalismo dialógico*) se caracteriza por ser una posición intermedia en la protección de los derechos fundamentales por parte de los tribunales constitucionales, en el que el control ejercido por éstos se lleva a cabo de una manera tal que permite una interacción entre las diferentes instituciones implicadas (Tushnet, 2004, 2008, 2009; Dixon, 2007) ¹⁷³.

normalmente excluidos de los órganos representativos de decisión; (ii) fomenta la auto-organización de la sociedad civil y (iii) fomenta procedimientos que tienen en cuenta los intereses y opiniones de estos grupos al exigirles a las autoridades competentes abrir espacios en los que puedan participar de manera efectiva. Por el contrario, la idea de deliberación pública que se vería mejorada por el control de constitucionalidad desde la perspectiva del *liberalismo jurídico* (para usar el término propuesto por Sauca (2015: 313) para referirse a esta confianza dworkiniana en el derecho y en la adjudicación judicial como articuladores de los principios de igualdad y libertad) se daría por el simple hecho de que, ante la perspectiva de que un asunto pueda ser resuelto por los tribunales, «se da inicio a un debate nacional prolongado, en los periódicos y medios de comunicación, en las facultades de derecho y en los salones de clase, en las reuniones públicas y a la hora de la cena» (Dworkin, 1996a: 345, para una crítica a este planteamiento, Waldron, 1999a: 289-291; 2004: 166-171). El constitucionalismo dialógico va más allá de los posibles beneficios que puede traer el hecho de saber que un asunto puede llegar a ser decidido por los tribunales, pues busca sobre todo integrar al proceso político a aquellos grupos que se ven desprovistos, de manera sistemática, de poder político.

¹⁷³ Si bien el término *constitucionalismo dialógico* es entendido por autores como Gardbaum (2013: 14) como un sinónimo de *constitucionalismo commonwealth*, en el cual,

Esta interacción o diálogo se puede lograr de dos maneras. Por un lado, es posible adoptar una concepción de los derechos como «derechos débiles» (y no como «derechos fuertes»). Asumir un derecho como un derecho fuerte significa que los tribunales, en su accionar, dan muy poco margen de actuación a las demás instituciones con las que éstos interactúan, mostrándose poco deferentes ante las decisiones tomadas por estas instituciones (Tushnet, 2004). Por el contrario, al asumir los derechos como derechos débiles, los tribunales se muestran más respetuosos hacia las interpretaciones que de los derechos han hecho tanto el legislativo como el ejecutivo.

En segundo lugar, los tribunales pueden aplicar «remedios débiles» y no «fuertes». Los primeros se dan cuando las decisiones de los tribunales no especifican las medidas que se deben tomar y dejan un amplio margen de maniobra a las demás instituciones¹⁷⁴, mientras que al adoptarse los segundos

a pesar de ejercer la justicia constitucional una labor de revisión judicial, «la última palabra corresponde a los poderes democráticos representativos, orientados políticamente» (Melero, 2013: 33), también es cierto que el diálogo constitucional – como el mismo Gardbuaum lo acepta – puede operar tanto en aquellos sistemas constitucionales que hayan institucionalizado formas de constitucionalismo fuerte (entendido como un sistema de supremacía judicial en la que los tribunales tienen la *última palabra*), como en los que se dan formas de constitucionalismo débil (entendido como sistemas de supremacía parlamentaria) (Gardbaum, 2013: 15-16; Kavangh, 2015: 1036).

¹⁷⁴ Para la Corte Constitucional colombiana la regla general en los llamados casos estructurales (es decir, aquellos en los que se dan violaciones generalizadas de derechos) debe ser la de adoptar remedios débiles. Así, en la Sentencia T-388 de 2013, dijo la Corte que «[l]a mayoría de las órdenes que imparta un juez de tutela en casos que requieran órdenes complejas, no establecen de forma detallada y específica qué

se dan órdenes concretas que deben ser cumplidas en el período especificado en la sentencia.

Esta debilidad o fortaleza de derechos y remedios puede variar en grados y es por tanto relativa. Los tribunales pueden mostrar una mayor o menor deferencia ante las interpretaciones hechas por el legislativo o pueden, por el contrario, adoptar categorías más estrictas al momento de ejercer el control¹⁷⁵. Así mismo, pueden presentarse diferentes combinaciones entre derechos y remedios. En la Sentencia T-271 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) - un ejemplo de combinación de derechos fuertes y remedios fuertes- la Corte

debe hacer la Administración o el respectivo particular. Las órdenes complejas deben estar orientadas a lograr que las autoridades y personas respectivas sean quienes, en ejercicio de sus competencias, adopten las medidas a que haya lugar».

¹⁷⁵ En la jurisprudencia de la Corte Constitucional el grado de fuerza o debilidad de los derechos se puede ver determinado por factores tales como la existencia de actos que limiten «el goce de un derecho constitucional a un determinado grupo de personas», se hagan diferenciaciones basadas en «un criterio prohibido o sospechoso, como la raza», se violen «mandatos específicos de igualdad, como sucede con la equiparación entre todas las confesiones religiosas» o se tomen decisiones por las autoridades públicas que afecten a «poblaciones que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta ya que éstas ameritan una especial protección del Estado». A diferencia de otros casos en que los que la Corte considera que el legislador tiene «una amplia libertad de apreciación y configuración» y que, por lo tanto, «el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege», cuando se presentan situaciones como las antes descritas, «el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto» (Sentencia C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Constitucional colombiana¹⁷⁶ concibe el derecho a la salud como un derecho fuerte del que se derivan exigencias específicas que limitan las posibilidades de decisión de los entes reguladores (y que en este caso obligaría al suministro de antiretrovirales para pacientes con VIH/SIDA)¹⁷⁷. De igual manera, los remedios adoptados por la Corte, al exigir al Instituto de Seguros Sociales (entidad prestadora de salud) el suministro de los antiretrovirales («dentro del improrrogable término de 48 horas»), son ejemplo de los típicos remedios fuertes en los que se dan órdenes específicas y plazos definidos.

Por otra parte, un ejemplo de una decisión que implique una concepción débil de los derechos, así como remedios débiles, es el conocido caso *Grootboom*¹⁷⁸, en el que la Corte Constitucional de la República de Sudáfrica declaró violado el derecho a la vivienda de los litigantes. En esta decisión, la Corte sudafricana asumió una concepción débil del derecho a la vivienda al no asignarle ningún contenido específico, limitándose a exigir que se adoptaran medidas razonables para garantizarlo. De igual manera, los remedios fueron

¹⁷⁶ También su homóloga sudafricana en el famoso caso TAC (Corte Constitucional de Sudáfrica, *Minister of Health v. Treatment Action Campaign*, julio de 2002) en el cual ordenó el suministro del medicamento Nevirapina que prevenía la transmisión del virus de madre a hijo.

¹⁷⁷ Para la Corte, la vinculación existente entre el derecho a la vida y el derecho a la salud en el caso estudiado en la T-271 de 1995, hace que el derecho a la salud comparta el carácter fundamental del primero (tesis de la conexidad) y, por lo tanto, sea posible «exigir su cumplimiento al Estado que debe acudir en ayuda del afectado, titular de un derecho subjetivo, por cuya virtud, la infraestructura servicial de que se disponga atenderá prioritariamente tan urgente requerimiento».

¹⁷⁸ Corte Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 11/00, *Government of the Republic of South Africa and Others v. Irene Grootboom and Others*.

débiles, pues no sólo los demandantes no recibieron ninguna reparación individual, sino que la Corte se limitó a declarar que «la Constitución exige diseñar e implementar, teniendo en cuenta los recursos disponibles, un programa comprensivo y coordinado que haga realidad de manera progresiva el derecho a una vivienda adecuada», agregando que dicho programa debía incluir «medidas razonables» (Tushnet, 2004).

Además del carácter tendencialmente débil de los remedios y los derechos, el constitucionalismo dialógico se caracteriza por los mecanismos de seguimiento implementados por los tribunales¹⁷⁹. Al fallar, los tribunales pueden decidir o

¹⁷⁹ Rodríguez Garavito asigna tres características al constitucionalismo dialógico: i) el reconocimiento del carácter justiciable de los derechos en cuestión (asumir una concepción fuerte de los derechos); ii) dejar las medidas específicas a las entidades competentes, sean órganos técnicos o políticamente responsables, a la vez que se determinan las líneas generales para medir el progreso; iii) un control activo de la implementación de las órdenes dadas por las cortes a través de mecanismos participativos y deliberativos (mecanismos de seguimiento) (2011: 1692). Debe notarse que Rodríguez Garavito se aparta de la idea de derechos fuertes tal como la entienden autores como Tushnet (2003, 2008) y Dixon (2007). Para Rodríguez (y es también el caso de Uprimny y Durán), los derechos son fuertes por el hecho de ser exigibles ante los jueces. Para Tushnet y Dixon no basta con la justiciabilidad, se requiere además que los tribunales se muestren poco deferentes ante las decisiones y juicios de las entidades controladas. Esto último se podría dar incluso en el caso de que las medidas finalmente adoptadas sean remedios débiles. Sin embargo, no debe olvidarse que la distinción entre derechos fuertes y débiles o remedios fuertes y débiles debe ser entendida siempre de manera relativa, teniendo en cuenta que los grados de debilidad o fortaleza aumentan o disminuyen en la medida en que la actitud de los tribunales ante el

no conservar el poder de supervisar la implementación de las órdenes dadas (Rodríguez Garavito, 2011: 1691). Estos mecanismos de seguimiento tienen una importancia doble al lograr desbloquear los procesos políticos, pues permiten a nuevos actores (particularmente a diferentes grupos y asociaciones pertenecientes a la sociedad civil) participar en el proceso de control y tomar parte en la deliberación pública, así como ayudar a los tribunales a superar «las limitaciones institucionales al momento de enfrentarse a complejos asuntos socioeconómicos» (Garavito, 2011: 1695-1696).

Pues bien, el constitucionalismo dialógico, a través de su combinación de derechos y remedios fuertes y débiles, así como de la implementación de mecanismos de seguimiento con participación de la sociedad civil, se presenta como una manera adecuada de dar cumplimiento a las exigencias derivadas del artículo 13 constitucional.

Esta apertura, es decir, la capacidad de los tribunales de establecer procedimientos capaces de iniciar diálogos institucionales (con los demás poderes públicos) y ciudadanos (con las organizaciones de la sociedad civil), son razones de peso para optar por una justicia dialógica. Si entendemos que la justicia va más allá de la distribución de bienes (aunque la incluya) y que implica además de esto la posibilidad de participar y configurar el esquema de relaciones sociales en el cual nos desarrollamos¹⁸⁰, debemos en efecto buscar

legislados (o cualquier otra entidad controlada) sea más o menos deferente o que sus medidas sean más o menos detalladas.

¹⁸⁰ Esta doble necesidad de distribución como de reconocimiento a través de la participación es a lo que se refiere Sheppard (2015) en su artículo *Bread and Roses*, afirmando que el ideal de inclusión social permite articular exigencias que van más allá de cuestiones redistributivas (*bread*) y se ocupa de procesos de decisión política, social

mecanismos de justicia constitucional que puedan llegar a distribuciones de recursos justas (como pueden ser los beneficios incluidos en un sistema público de salud o la existencia de políticas en beneficio de grupos especialmente afectados por la violencia en un contexto de conflicto). Pero, además de esto, es necesario implementar procedimientos que permitan a los grupos y personas afectadas ser parte de las deliberaciones en las cuales dichas decisiones son tomadas y, cuando así lo consideren oportuno, desafiar las posiciones no sólo de las instituciones implicadas en la toma de decisiones, sino también de los grupos mayoritarios (ver Young, 1999: 37 y ss.).

e institucional (*roses*). Acerca del debate filosófico en torno a las relaciones entre distribución y reconocimiento ver Fraser y Honneth (2003).

Capítulo V. La acción de la justicia constitucional en Colombia: cuatro casos de defensa de los grupos marginalizados

1. *Petróleo y pueblos indígenas. La intervención de la Corte en el Caso U'wa*

De acuerdo con el último censo general colombiano hecho por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), la población indígena llegaba, en 2005, a 1.392.623 personas, alrededor del 3% de la población del país. Según el informe presentado por el PNUD «Pueblos indígenas: diálogo entre culturas», el 63% de la población indígena vive en condiciones de pobreza estructural, mientras que el promedio para el país es del 54% (PNUD, 2012: 52). A pesar de la reactivación del movimiento indígena colombiano a partir de los años 70 del siglo pasado y el lugar (así sea reducido) que han logrado ocupar dentro de la política nacional, lo cierto es que la situación de los derechos humanos de las comunidades indígenas en Colombia es -como lo afirmara Rodolfo Stavenhagen, antiguo Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas- «grave, crítica y profundamente preocupante» (Naciones Unidas, 2004: 5).

La protección de los derechos indígenas es pues un ejemplo de aquellos casos en los que la justicia constitucional podría mostrar su valor instrumental, al permitirle a grupos socialmente débiles contar con canales institucionales a través de los cuales sus reclamaciones sean atendidas.

Para ver la manera en que estos canales se han establecido en Colombia, haremos referencia al caso U'wa, en el que la Corte Constitucional resolvió una tutela presentada por la comunidad U'wa en contra de la petrolera Sociedad Occidental de Colombia, Inc. y el Ministerio de Medio Ambiente. Hay varios elementos que son particularmente relevantes en este caso. Además de la importancia del tema tratado, la sentencia es una *Sentencia de Unificación* (SU),

es decir, es el resultado de un proceso de tutela (recurso de amparo) que, debido a su especial importancia, es decidido en Sala Plena¹⁸¹. Además de esto, la sentencia es una entre las múltiples proferidas por la Corte en relación con la protección de los territorios indígenas, por lo que no se puede entender como un caso aislado, sino que, por el contrario, puede ser considerada una *sentencia hito* que marca la identidad de la jurisprudencia constitucional en este aspecto¹⁸².

Esta sentencia la tomamos entonces como un modelo que muestra la manera en que la Corte Constitucional colombiana toma parte en uno de los problemas

¹⁸¹ Las sentencias de unificación tienen como fin «unificar la jurisprudencia de las distintas salas de revisión de tutela o de sentar doctrina sobre un tema especialmente sensible» (Jaramillo y Castro Novoa, 2016: 289). El artículo 54A del Acuerdo 05 de 1992 (Reglamento interno de la Corte Constitucional), establece que «[c]uando a juicio de la Sala Plena, por solicitud de cualquier magistrado, un proceso de tutela dé lugar a un fallo de unificación de jurisprudencia o la transcendencia del tema amerite su estudio por todos los magistrados, se dispondrá que la sentencia correspondiente sea proferida por la Sala Plena».

¹⁸² En palabras de López Medina (2006: 162), estamos ante una *sentencia hito* en aquellos casos en los que una sentencia de la Corte «ha tenido consecuencias conceptuales profundas y duraderas en la configuración de una o varias líneas jurisprudenciales». En el caso de la SU-039 de 1997, muestra de ello es no sólo el inmenso número de veces en que la Corte se ha apoyado en los argumentos en ella expuestos (ver, por ejemplo, las sentencias T-652 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), SU-383 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-880 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis)), sino el hecho de haber sido la primera sentencia de unificación sobre derechos de los pueblos indígenas.

que afronta uno de los grupos que habíamos calificado como marginalizados - las minorías étnicas, entre las que se encuentran los indígenas¹⁸³-.

1.1. El conflicto Oxy-U'wa

El conflicto que nos ocupa llega a la Corte Constitucional cuando el Defensor del Pueblo, en nombre de 18 indígenas U'wa, presenta una acción de tutela a través de la cual solicitaba que se inaplicara una resolución expedida por el Ministerio de Medio Ambiente por medio de la cual concedía licencia ambiental a la compañía Sociedad Occidental de Colombia, Inc. (OXY), para adelantar exploraciones sísmicas con el objetivo de constatar la existencia de yacimientos petroleros en la zona tradicionalmente habitada por la comunidad U'wa¹⁸⁴. Así mismo, se solicitaba a través de la acción de tutela «iniciar, desarrollar y ejecutar todas las diligencias, actividades y procedimientos necesarios para llevar a cabo el proceso de consulta previa con la comunidad U'WA» (Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell).

¹⁸³ En Colombia, además de los indígenas, existen diversidad de minorías étnicas, entre los que se encuentran las comunidades negras y los rom o gitanos.

¹⁸⁴ En el sistema de justicia constitucional colombiano existe tanto el control de constitucionalidad abstracto (art. 241 C.P.) como el control de constitucionalidad concreto (la mencionada Acción de Tutela, establecida en el artículo 86 C.P.), destinado este último a la protección de los derechos constitucionales fundamentales. Esta acción permite a cualquier persona reclamar la protección de sus derechos a través de una solicitud «sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito», pudiendo incluso presentarse, «[e]n caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad», de manera verbal (Art. 14, Decreto 2591 de 1991). En el caso U'wa, como se indicó, es el Defensor del Pueblo (encargado de velar por «la promoción, ejercicio y divulgación de los derechos humanos» (Art. 282, C.P.)), quien interpone la acción de tutela.

El proceso iniciado ante la Corte por los U'wa fue sólo una de las etapas de un largo conflicto entre este pueblo, la Sociedad Occidental de Colombia y las autoridades colombianas. Éste tuvo su origen cuando la Sociedad Occidental de Colombia, Inc., solicitó una licencia ambiental para iniciar exploraciones sísmicas con el objeto de constatar la existencia de yacimientos petroleros en un área aproximada de 200.000 hectáreas en la zona nororiental de Colombia, parte de las cuales se encontraban o bien en territorio U'wa o en lugares habitados por el mismo pueblo¹⁸⁵.

A pesar de esto, el Ministerio de Medio Ambiente decidió en 1994 conceder la licencia ambiental, si bien no dejó de llamar la atención sobre la necesidad de dar lugar a la participación comunitaria y ciudadana, en particular en lo referido a la consulta previa y el derecho de participación política, establecidos en los artículos 330 y 40, numeral 2º de la Constitución, así como en la Ley 99 de 1993¹⁸⁶; consulta que consideró satisfecha el Ministerio con la reunión producida

¹⁸⁵ Debe tenerse en cuenta que el pueblo U'wa habita tanto en el territorio que corresponde al resguardo reconocido legalmente, como área del Resguardo Único U'wa, solicitado por los U'wa y el cual no ha sido reconocido totalmente por el Estado colombiano.

¹⁸⁶ Acerca de la necesidad de practicar una consulta previa en casos como el expuesto, dice el artículo 330 (parágrafo) de la Constitución colombiana: «La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, *el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades*» (cursivas fuera del texto original). Por su parte el artículo 40 de la Constitución indica que todo ciudadano tiene derecho «a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político» y en su numeral 2º especifica que esto significa «[t]omar parte en elecciones, plebiscitos, referendos,

entre los días 10 y 11 de enero de 1995 entre los representantes de los Ministerios de Minas y Energía y del Medio Ambiente, Ecopetrol y la Occidental de Colombia Inc. con algunos miembros de la comunidad U'wa¹⁸⁷.

consultas populares y otras formas de participación democrática». En cuanto a la Ley 99 de 1993, su artículo 76 establece: «*De las Comunidades Indígenas y Negras*. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades». También es sumamente claro el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, incorporado al sistema colombiano a través de la Ley 21 de 1992, quien en sus numerales 1 y 2 dice:

«1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades».

¹⁸⁷ Esta posición fue avalada por el Consejo de Estado quien, al decidir sobre la nulidad del acto administrativo a través del cual se concedió la licencia ambiental, dijo: «la Sala no encuentra que se presente la violación manifiesta que alega el actor en su solicitud

1.2. Decisión de la Corte

Ante esta situación, el pueblo U'wa, con el apoyo de la Defensoría del Pueblo, inició varias acciones legales, tanto en la jurisdicción contencioso administrativa, como en la constitucional. Si bien el recurso ante la Corte fue sólo uno de varios interpuestos por los U'wa y sus representantes ante diferentes instancias (nacionales e internacionales)¹⁸⁸, su intervención reviste gran importancia no sólo por la posición de garante de los derechos constitucionales que el alto tribunal ocupa, sino por algunos de los elementos tenidos en cuenta por la Corte al momento de decidir a favor del pueblo U'wa.

Para los temas propios de esta investigación nos interesa resaltar dos cuestiones en particular. La primera, es la relativa al grupo que solicita la protección constitucional. Como muestran tanto los informes del PNUD (2012)

de suspensión provisional pues ni del texto de la resolución ni de los citados documentos resulta abiertamente que el Estado no esté protegiendo las riquezas culturales y naturales de la Nación, ni que esté autorizando la explotación en desmedro de la integridad cultural, social y económica de la comunidad indígena, ni que se haya omitido la participación de los representantes de las respectivas comunidades» (citado en la Sentencia SU-039 de 1997).

¹⁸⁸ La Defensoría del Pueblo había demandado la nulidad del acto administrativo por medio del cual se concedió la licencia ambiental y solicitado además la suspensión provisional de la misma. Esta solicitud, así como las pretensiones de la demanda, fueron negadas un mes después de la Sentencia SU-039 de 1997 (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 4 de marzo de 1997. C.P.: Libardo Rodríguez Rodríguez, ref: expediente No S-673). De igual manera, líderes indígenas presentaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una queja formal contra el Gobierno colombiano. El 22 de julio de 2015 la CIDH admitió el estudio del caso a través del Informe No. 33/15 Caso 11.754 (informe de admisibilidad).

y Naciones Unidas (2004), así como los estudios realizados por el grupo de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes (JGDH) (2009, citado en KAS, 2010: 7), los grupos indígenas se encuentran en una clara situación de vulnerabilidad que supera de manera notoria las condiciones de la población mestiza. No sólo sufre la población indígena unos índices de pobreza y miseria sumamente altos (63% y 47,6% respectivamente, ver JGDH, 2009, citado por KAS, 2010: 7), sino que ha sido uno de los sectores de la población que ha sufrido de manera más dura el conflicto armado¹⁸⁹.

La segunda cuestión es el tipo de derechos protegidos por la Corte y la manera en que concibió la participación en la toma de decisiones públicas como un elemento vinculado a la supervivencia de la comunidad U'wa. Como habíamos mencionado, el argumento jurídico invocado por la demanda era la violación de los artículos 330 de la Constitución, el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 y la Ley 21 de 1991, a través de la cual el Congreso de la República había aprobado el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales, adoptado por la Conferencia General de la OIT en 1989.

1.2.1. El derecho de participación y la supervivencia de las comunidades indígenas

La Corte consideró que efectivamente estaban siendo violados los derechos constitucionales del pueblo U'wa, pero entendió que esto no se debía exclusivamente a la vulneración del derecho de participación política (lo que ya era suficientemente grave), sino que vinculó la violación de este derecho a la

¹⁸⁹ Como veremos más adelante al estudiar la Sentencia T-025 de 2004 y sus autos de seguimiento, el desplazamiento producido por la violencia fruto del conflicto, ha puesto en riesgo de desaparición a 34 etnias. A través del Auto 004 de 2009 la Corte ordenó su protección aunque, por desgracia, no se han producido mayores avances.

supervivencia misma de la comunidad indígena demandante, es decir, que en el caso de las comunidades indígenas había una relación directa entre los artículos constitucionales 40 (participación política), 7 (obligación del Estado de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural) y 11 (derecho a la vida). De igual manera, los mecanismos adoptados en la Constitución de 1991 –y, luego, por las citadas leyes 21 de 1991 y 99 de 1993-, habían sido establecidos como herramientas básicas para asegurar la supervivencia de las comunidades indígenas.

En un inicio, lo establecido en el artículo 330 de la C.P., así como lo dispuesto en el artículo 15 del Convenio 169, adoptado por la Ley 21 de 1991, no tuvo mayor controversia debido a la falta de aplicación de estas normas, y ni siquiera la adopción de la Ley 99 de 1993 -que establecía la consulta previa como requisito para la concesión de la licencia ambiental necesaria para la explotación minera en territorios indígenas-, hizo que este problema fuera un tema de debate nacional y de preocupación para las empresas dedicadas a la explotación de recursos naturales, ni para los funcionarios del Ministerio de Medio Ambiente, encargados de la aprobación de las licencias¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Para el Ministerio de Medio Ambiente la consulta a las comunidades afectadas se reducía a un simple formalismo limitado a reuniones entre las empresas ejecutoras y algunos miembros de las comunidades indígenas. En muchas de estas ocasiones estas reuniones ni siquiera contaban con la presencia de delegados del Gobierno (Sánchez, 2001: 109). En todo caso, estas consultas no eran vistas como un obstáculo para el otorgamiento final de la licencia ambiental. Esto se puede observar en la actitud de quien en ese momento era Directora General de Asuntos Indígenas, para quien la consulta no era «un permiso de los indígenas sino una apreciación sobre afectaciones posibles de un proyecto a un pueblo indígena», esto es, la consulta cumplía, en la visión defendida por la Dirección General de Asuntos Indígenas, únicamente la

La acción de la Corte y de otras agencias estatales (como la Defensoría del Pueblo), así como la movilización por parte de las minorías étnicas, hicieron que esto fuera poco a poco cambiando. Un papel no despreciable jugaron la acción de tutela y los fallos anteriores a la SU-039 de 1997, entre los que se encuentran las sentencias T-428 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón) y T-380 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

En la T-428 de 1992, el alto tribunal había asumido el conocimiento de un proceso en el cual el gobernador de la comunidad indígena de Cristianía interpuso una tutela en contra del Ministerio de Obras Públicas y la compañía Solarte, por la violación del derecho a la vida y a la propiedad, consecuencia de la ampliación de una vía que del Municipio de Andes conducía al Municipio de Jardín en el Departamento de Antioquia. Dichos trabajos de ampliación habían causado desprendimientos de tierra que habían afectado bienes de la comunidad y los trabajos aún no concluidos de la ampliación amenazaban con causar nuevos daños. En esta ocasión, la Corte consideró que si bien la ampliación de la carretera buscaba la satisfacción del interés general, traducido en beneficios económicos derivados de la mejoría en el transporte, los trabajos por ella exigidos afectaban los intereses colectivos de la comunidad de Cristianía, poniendo en riesgo los derechos constitucionalmente protegidos a la propiedad, al trabajo y al mantenimiento de la integridad étnica y cultural, razón por la cual concedió la tutela y ordenó suspender la obra «hasta tanto se hayan hecho los estudios de impacto ambiental y tomado todas las

función de permitir a las comunidades conocer los efectos de la intervención, exponer los posibles efectos dañinos que éstas pudieran prever y formular soluciones que evitaran estos daños (cita extraída de la Sentencia SU-039 de 1997).

precauciones necesarias para no ocasionar perjuicios adicionales a la comunidad».

De igual manera, en la Sentencia T-380 de 1993 la Corte resolvió una tutela en la que la comunidad indígena Emberá-Catío del río Chajeradó pidió la protección de sus derechos constitucionales, los cuales se veían amenazados por la explotación maderera que se venía llevando a cabo en su resguardo y que tenía graves efectos sobre el medio ambiente y los recursos naturales que servían de sustento a la comunidad. Esta sentencia fue de gran importancia no solo por reconocer a las comunidades indígenas como «sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos», sino también por afirmar que dichas comunidades, dado su carácter minoritario y «su diversidad étnica y cultural [...] [requerían] de una especial protección del Estado», basándose en el artículo 13 de la C.P..

En consonancia con esto, la Corte consideró que la Constitución establecía un derecho a la subsistencia de las comunidades indígenas (derivado del derecho a la vida establecido en el artículo 11 de la C.P., interpretado en consonancia con el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural protegida por el artículo 7 de la C.P.) y que el grave deterioro del medio ambiente causado por la explotación maderera (y la falta de control por parte de las entidades estatales responsables) podían llevar a «la perpetración de un etnocidio, consistente en la desaparición forzada de una etnia», razón por la cual ordenó que se emprendieran «las acciones necesarias para el control de los factores de deterioro ambiental en la zona de los ríos Chajeradó, Tebará y Taparal».

Estas consideraciones se vieron consolidadas en la SU-039, en donde la Corte dio la razón a la comunidad U'wa al considerar que habían sido violados tres

derechos constitucionales. En primer lugar, se había desconocido el derecho a participar en la toma de decisiones que les afectaban como comunidad al no haberse realizado la consulta previa establecida en el artículo 330 de la Constitución. En segundo lugar, las reuniones llevadas a cabo hasta el momento entre las partes interesadas no habían cumplido con los requisitos mínimos que debía contener la mencionada consulta, razón por la cual no sólo la consulta no era válida, sino que se había violado el derecho al debido proceso. Por último, la falta de consulta y el no respeto del debido proceso ponía en grave riesgo la supervivencia misma de los U'wa como comunidad, pues al haberseles privado de la principal herramienta que la Constitución y las leyes habían previsto para su defensa, quedaban expuestos a procesos que, como el de exploración y explotación petrolera de la OXY, suponían una grave amenaza.

En palabras del alto tribunal: «La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, *el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones*» (Sentencia SU-039 de 1997, cursivas no incluidas en el texto original).

1.2.2. Límites de la protección de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela

La SU-039 de 1997 no significó el fin de lucha de la comunidad U'wa por la preservación de su territorio y su cultura. Pocos meses después del fallo de tutela, el Consejo de Estado dictó una nueva sentencia en la que afirmaba que los procedimientos llevados a cabo por el Ministerio de Medio Ambiente y la OXY se acomodaban a la normatividad colombiana (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 4 de marzo de 1997. C.P.: Libardo Rodríguez Rodríguez, ref: expediente No S-673)¹⁹¹. Por su parte, el Ejecutivo expidió el Decreto 1320 de 1998, en el cual se redujo la consulta previa a una reunión informativa, pasando por alto lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y los lineamientos generales exigidos por la Corte Constitucional en la SU-039 (Rodríguez *et al.*, 2010: 183).

En cuanto a las exploraciones petrolíferas en el territorio U'wa, la OXY solicitó una nueva licencia ambiental en 1998 y el ministerio de Medio Ambiente la concedió en 1999 sin llevar a cabo ninguna consulta pues, según el Ministerio, tal consulta no era necesaria debido a que el área afectada por las exploraciones petrolíferas se encontraba por fuera del Resguardo Unido U'wa¹⁹². Esto llevó a que se procediera a las perforaciones a tan sólo 500 metros

¹⁹¹ De igual manera, en el Concepto No. 1708 (2 de febrero de 2006, C.P. Fernando Álvarez Jaramillo), el Consejo de Estado desestimó los argumentos presentados por los U'wa al negarse a participar en la consulta previa promovida por el Ministerio de Medio Ambiente.

¹⁹² En 1999, un mes antes de la resolución por medio de la cual el Ministerio de Medio Ambiente concedió la licencia ambiental a Occidental de Colombia, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) había ampliado el resguardo U'wa,

del resguardo U'wa y en terrenos reclamados por la comunidad (Rodríguez Garavito y Arenas, 2007: 230)¹⁹³.

Estas circunstancias muestran los grandes límites que puede tener la acción de la justicia constitucional¹⁹⁴. Sin embargo, y a pesar de sus limitaciones, la SU-

dejando por fuera aquellos territorios en los que, a pesar de ser reclamados por los indígenas, se esperaba hacer nuevas exploraciones.

¹⁹³ La presión internacional hizo que finalmente la OXY desistiera de la exploración en territorio U'wa y cediera el contrato a la empresa petrolera estatal ECOPETROL. Fue ésta última quien en 2003 inició las perforaciones en el denominado pozo Gibraltar 1. A éste le siguieron los pozos Gibraltar 2 y Gibraltar 3, con el agravante de que junto a este último fue instalada una base militar (Mazariegos, 2014: 97).

¹⁹⁴ La Corte se limitó a suspender la exploración y a ordenar la realización de una consulta, sin especificar los requerimientos y alcances de la misma (aunque sí dio algunas pautas generales) y sin tener en cuenta las singularidades de la cultura U'wa y su particular visión del mundo (Sánchez, 2001: 128). Así mismo, los efectos de la sentencia se vieron limitados por el fallo del Consejo de Estado en el que reconocía como ajustada a derecho la licencia ambiental expedida por el Ministerio de Medio Ambiente, así como por la pérdida de apoyo internacional una vez la OXY abandono el proyecto de exploración petrolífera (Rodríguez Garavito y Arenas, 2007: 232-234; Rodríguez *et al.*, 2010). Por último, en la SU-039 entiende la Corte que el Estado tiene la última palabra y que su decisión prevalece en caso de que el acuerdo no sea posible, si bien «[c]uando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena» (SU-039 de 1997). Ha habido, sin embargo, cambios jurisprudenciales que han llevado al alto tribunal a considerar que es necesario no sólo la consulta, sino también el consentimiento de las comunidades. Dice en la Sentencia T-129 de 2011 (M.P. Jorge

039 de 1997 fue un paso importante en la protección de los derechos de las minorías étnicas y, sin duda, se convirtió en uno de los apoyos más importantes que tuvieron los movimientos indígenas dentro del entramado institucional colombiano.

Como lo expresan Rodríguez Garavito y Arenas, «[a] pesar de las decisiones judiciales contradictorias y de los largos procesos, la movilización jurídica ante los tribunales nacionales ha aumentado considerablemente el capital simbólico y la visibilidad del movimiento y ha retrasado la exploración petrolífera» (2007: 236).

Conclusión

La Sentencia SU-039 de 1997 logra mostrar algunos aspectos importantes de la jurisprudencia constitucional colombiana, en particular la capacidad que tiene el juez constitucional de abrir espacios de discusión para aquellos grupos que se encuentran en las posiciones más desaventajadas en el panorama político nacional. En este caso, en el que una minoría étnica hace uso de herramientas jurídico-constitucionales como la acción de tutela (entre muchos otros medios de acción política, como la movilización nacional e internacional y el litigio ante el Sistema Interamericano), termina por propiciar un debate nacional sobre los

Iván Palacio Palacio): «Conforme a lo expuesto, la intervención del Estado o concesionarios del mismo en territorios de comunidades étnicas debe estar irradiada desde la etapa de planificación o proyección de todo proyecto, obra o actividad no sólo del derecho fundamental a la consulta previa, sino que existe la obligación de estar enfocada en conseguir el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades y pueblos étnicos. Sumado a ello, es preciso insistir en el derecho de compartir los beneficios derivados de los proyectos y obras que impliquen intervención» (ver, Estrada, 2014: 47-53).

derechos de los pueblos indígenas y sobre los deberes de la sociedad mayoritaria hacia estos últimos. Esto muestra que la descripción del control de constitucionalidad como una institución debilitadora de la democracia y de la participación política no es del todo adecuada.

Sobre este aspecto, es posible hacer dos observaciones. La primera, es que – como se verá en otros casos- tanto el poder constituyente como el legislador ordinario habían dictado normas protegiendo los derechos de los grupos que solicitaron el amparo constitucional. La Constitución de 1991 y las leyes 21 de 1991 y 99 de 1993 había hecho esfuerzos importantes por tutelar los derechos de las minorías étnicas. Esto hace ver que la acción de la Corte Constitucional estuvo enfocada en controlar la acción del Ejecutivo (y de la empresa Occidental de Colombia), y en hacer cumplir las leyes existentes, leyes que tenían su origen precisamente en los órganos representativos.

La segunda, es que a través de su fallo, la Corte busco abrir espacios de participación en los cuales la comunidad afectada pudiera tener peso en la decisión final. Los espacios de deliberación establecidos a través de la exigencia de realizar una consulta previa a la intervención, cumplen el doble cometido de permitirles a las minorías étnicas proteger su cultura, además de ser muestras de participación democrática en las que se permite a los afectados por las decisiones estatales tomar parte en los procesos de decisión.

2. *Justicia constitucional y acceso a la salud en Colombia. El caso de la Sentencia T-760 de 2008*

La jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombia sobre el derecho a la salud ha tenido también un fuerte impacto en la protección de los derechos de los sectores más desaventajados de la sociedad. Reviste particular importancia la Sentencia T-760 de 2008, que se ocupa de resolver una serie de tutelas presentadas contra diferentes entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), las cuales, incumpliendo la jurisprudencia de la misma Corte acerca del derecho a la salud, venían negando el acceso al sistema amparándose en diferentes razones.

2.1. **Consideraciones preliminares**

El litigio en salud en Colombia ha venido consolidándose desde la Constitución de 1991, en particular desde la entrada en funcionamiento de la acción de tutela. En un primer momento -«fase inaugural» que comienza en 1992 y termina en 1997¹⁹⁵- la Corte fija lo que será uno de los pilares de su línea jurisprudencial sobre el derecho a la salud: acepta la posibilidad de resolver a través de la acción de tutela los conflictos generados en torno al derecho a la salud aplicando la tesis de la conexidad, según la cual el derecho a la salud (que en un inicio no era considerado por la Corte un derecho fundamental) podía ser protegido a través de este mecanismo cuando «su vulneración o amenaza

¹⁹⁵ Rodríguez Garavito habla de tres momentos por las que ha atravesado el litigio en salud en Colombia: *fase inaugural* (1992-1997), *fase de explosión* (1998-2008) y *fase de enfoque estructural* (2009-2012) (Rodríguez Garavito, 2012: 511-519).

compromete otros derechos fundamentales como la vida, la integridad o el trabajo» (Sentencia T-499 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)¹⁹⁶.

Esta fase inicial coincide con la expedición de la Ley 100 de 1993 a través de la cual se establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Es necesario hacer aquí algunas aclaraciones para entender el papel que ha jugado la justicia constitucional en relación con el derecho a la salud. El sistema creado por la Ley 100 tenía por objeto, según dice su artículo 152, «regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención». Para este efecto creó dos regímenes de cubrimiento: un régimen contributivo en el cual se incluía a aquellas personas y familias cuya vinculación se hacía a través del pago de una cotización, y un régimen subsidiado para aquellas personas sin capacidad de pago. La ley creó también un grupo de instituciones de capital privado, público

¹⁹⁶ En palabras de la Corte en la T-491 de 1992, «[l]os **derechos fundamentales por conexidad** son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su vida» (Sentencia T-491 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, negrilla en el texto original). En la Sentencia T-760 de 2008 la Corte pasa de la *tesis de la conexidad* a considerar el derecho a la salud «un derecho constitucional fundamental». Esta posición ha sido también adoptada por el Congreso de la República a través de la Ley 1751 de 2015 «Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones».

o mixto, responsables de la afiliación, el registro de los afiliados y el recaudo de sus cotizaciones: las Entidades Promotoras de Salud (EPS).

Además de las EPS, fueron creadas también las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), que al igual que las EPS pueden ser públicas, privadas o mixtas, encargadas de la prestación de los servicios de salud a los afiliados al SGSSS. Las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación de los servicios de salud establecidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS) -que determina el régimen de beneficios de los afiliados al sistema- a través de las IPS con las que hayan establecido convenios o contratos. En este modelo de «competencia regulada», las diferentes entidades que forman el SGSSS compiten en la prestación del servicio de salud bajo la regulación estatal (López Medina, 2008, citado por Uprimny y Durán, 2014: 9).

El POS determina los servicios cubiertos por el SGSSS a través de su incorporación expresa, razón por la cual aquello que no esté expresamente establecido se entiende excluido del régimen de beneficios¹⁹⁷. Además de esto, al existir un régimen de cobertura doble (régimen contributivo y subsidiado), se establecieron también dos POS, uno para el régimen contributivo POS-C y uno para el régimen subsidiado POS-S, teniendo este último una cobertura inferior a la del primero.

¹⁹⁷ En un principio, la Ley 100 no especificó los criterios de inclusión de servicios médicos en el POS. Esta tarea fue asumida por la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, en cuyos artículos 13 y 49 se «señalaban explícitamente que la prescripción y asignación de medicamentos por parte de aseguradores y prestadores debía limitarse a aquellos incluidos en el POS», por lo que «[a]quellos pacientes que necesitaran servicios médicos excluidos del POS tenían entonces que usar sus propios recursos para adquirirlos» (Lamprea, 2011: 123).

El establecimiento de este sistema creó una serie de problemas que comenzarían a llegar de manera masiva a los juzgados a través de acciones de tutela impuestas por los usuarios del SGSSS. En primer lugar, más de la mitad de las tutelas se debía a casos en los que las EPS negaban servicios incluidos en el POS¹⁹⁸. El modelo de «competencia regulada» diseñado por la Ley 100 creaba

¹⁹⁸ Según datos de la Defensoría del Pueblo (2014: 290), del total de solicitudes hechas a través de acciones de tutela entre los años 2003 y 2013, más del 60% de los casos se debía a reclamaciones por servicios incluidos en el POS, lo que indica, como lo afirma Rodríguez Garavito, «que más de la mitad de los litigios no corresponden a los casos difíciles en los que un CTC* se enfrenta a solicitudes que sobrepasan lo contemplado en el POS, sino a casos de prestaciones incluidas en este que deberían ser resueltos de manera rutinaria por las EPS mediante el suministro de lo debido al paciente» (2012: 521). En estos casos, en los que los jueces cumplen una función de cobrador de lo debido, no conllevan en realidad un alto grado de activismo por parte de la Corte. En este caso, se trataría de *sentencias sobre derechos sociales que implican un pago de lo debido*, lo que lleva a «una intervención por parte del juez en una decisión económica sobre si un servicio o un subsidio debe otorgarse o no, pero que puede ser decidida estableciendo si el Estado ya le debe al peticionario lo que solicita en el caso», en contraposición a aquellas *sentencias sobre derechos sociales prestacionales en sentido estricto*, es decir, «aquellos casos en los que la decisión económica que ordena el juez no resulta de verificar una obligación preexistente, sino de lo que el juez considere necesario para que esa obligación se cumpla, lo cual a menudo implica una erogación económica no preestablecida» (Saffon y García Villegas, 2011: 93). En las sentencias del primer tipo no se plantean graves problemas desde el punto de vista de la igualdad y el hecho de que se limiten a hacer cumplir lo exigido por el legislador muestra cómo, en estos casos, la justicia constitucional no está en tensión con los procedimientos mayoritarios y no hay una afectación del principio de igual participación.

* CTC: Comité Técnico Científico.

«prácticas reiteradas de “contención de costos” y “maximización de ganancias” de los nuevos prestadores privados», lo que conducía a «la interposición, por parte de aseguradores y prestadores privados, de barreras para el acceso a los servicios de salud» (Lamprea, 2011: 99). A este problema se le unió el hecho de que no existieran mecanismos eficaces para la resolución de conflictos entre usuarios y prestadores del servicio, quedando la tutela como único mecanismo efectivo para la protección del derecho a la salud (Lamprea, 2011: 120).

En segundo lugar, las entidades encargadas de la actualización del POS fallaron en sus tareas, realizando unas pocas actualizaciones que no cumplían con los requisitos establecidos por la misma ley, según la cual estos debían tener en cuenta «los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema» (art. 162). Esta omisión por parte del Gobierno Nacional dejó a un gran número de personas excluidas de servicios médicos necesarios como antirretrovirales, tratamiento de diálisis, prótesis, etc. (ver Lamprea, 2011: 123-129).

Por último, la discriminación hecha por el sistema entre usuarios del régimen subsidiado y contributivo (que en la misma redacción de la Ley 100 se establecía como temporal), y su respectiva diferenciación entre POS-S y POS-C, era también fuente de conflicto, pues dejaba a una parte de la población sin prestaciones básicas, lo cual las obligaba a acudir a la justicia constitucional para exigir la protección de sus derechos.

Finalizado el momento de estructuración del Sistema de Seguridad Social en Salud y terminada la *fase inaugural* del litigio en salud (1992-1997), comienza una segunda etapa -comprendida entre 1998 y 2008- en la cual la cantidad de asuntos resueltos por la Corte sobre el derecho a la salud sufre un fuerte

incremento, tanto así que se pasa de 21.301 tutelas en 1999 (de un total de 86.313 que se interpusieron en el país, es decir, las tutelas en salud representaron el 24,68% del total) a 142.957 (de un total de 344.468, el 41,50% de las tutelas presentadas en el país) (Defensoría del Pueblo, 2014: 226). Esto quiere decir que el litigio en salud no sólo creció más de 6 veces en el periodo 1999-2008, sino que su participación en el total de tutelas presentadas se incrementó en casi un 17%.

Tabla 1
Participación de las tutelas de salud
Periodo 1999-2013

Año	Total de tutelas	Tutelas salud	Porcentaje de tutelas salud	Porcentaje de crecimiento anual	Porcentaje de crecimiento anual salud
1999	86.313	21.301	24,68	-	-
2000	131.764	24.843	18,85	52,66	16,63
2001	133.272	34.319	25,75	1,14	38,14
2002	143.887	42.734	29,70	7,96	24,52
2003	149.439	51.944	34,76	3,86	21,55
2004	198.125	72.033	36,36	32,58	38,67
2005	224.270	81.017	36,12	13,20	12,47
2006	256.166	96.226	37,56	14,22	18,77
2007	283.637	107.238	37,81	10,72	11,44
2008	344.468	142.957	41,50	21,45	33,31
2009	370.640	100.490	27,11	7,60	-29,71

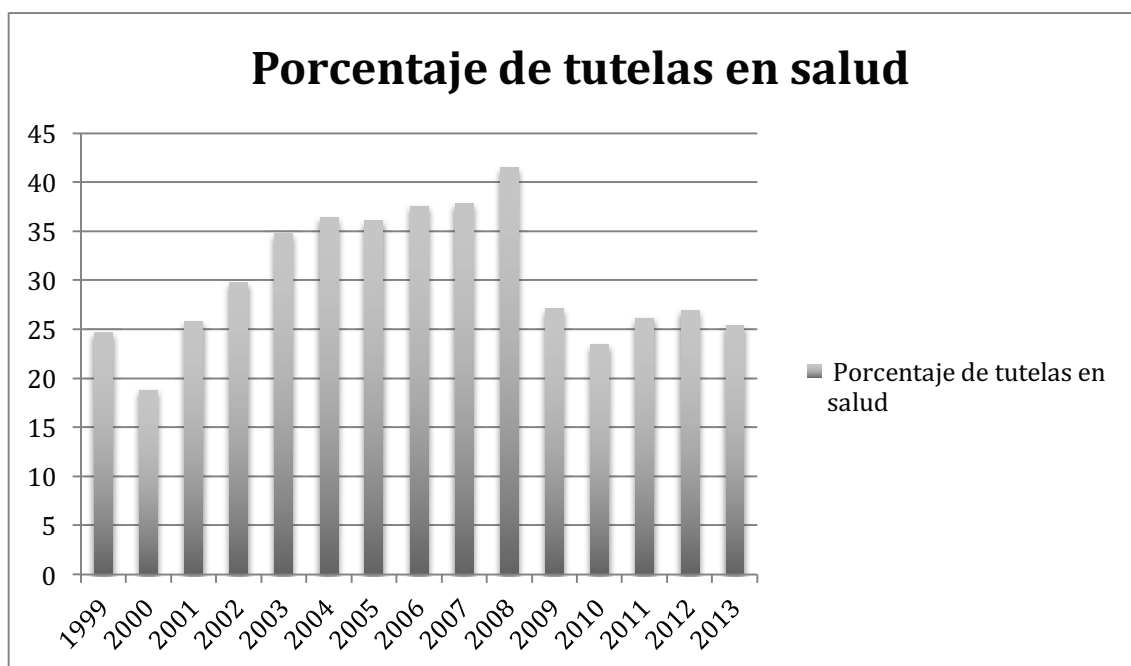
2010	403.380	94.502	23,43	8,83	-5,96
2011	405.359	105.947	26,14	0,49	12,11
2012	424.400	114.313	26,94	4,70	7,90
2013	454.500	115.147	25,33	7,09	0,73

Fuente: Defensoría del Pueblo (2014), La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2013, Bogotá.

Gráfico 1

Total de tutelas y tutelas en salud

Periodo 1999-2013



Fuente: Defensoría del Pueblo (2014), La tutela y el derecho a la salud 2013, Bogotá.

Como han sostenido un gran número de autores que han estudiado el sistema de salud y el litigio en Colombia, es el conjunto de problemas causados por el mal funcionamiento de la Ley 100, sumado a la existencia de un mecanismo ágil de acceso a la justicia constitucional (como lo es la acción de tutela) y una actitud receptiva por parte de los jueces, lo que llevo a este

crecimiento vertiginoso del litigio (Lamprea, 2011; Rodríguez Garavito, 2012; Parra Vera y Yamin, 2013; Uprimny y Durán, 2014). Sin embargo, no nos concentraremos en lo que ha implicado esta multitud de fallos y en los problemas que la judicialización de las reclamaciones en salud conlleva, sino que nos referiremos a la manera en que la Corte, a través de la Sentencia T-760, asumió su labor como juez constitucional.

La importancia de esta sentencia se centra en la reacción por parte de la Corte ante esta rutinización del litigio (ver Uprimny y Durán, 2014: 39-41) en la que pasa de un enfoque casuístico, en el cual se afronta el problema desde una perspectiva particularista, resolviendo caso por caso y sin hacer un análisis de las consecuencias generales que la suma de fallos individuales podía causar, a un enfoque estructural en el que los casos estudiados se tomaron como representantes de un problema mucho más amplio.

2.2. La rutinización del litigio en salud

El caso de la salud en Colombia reviste especial importancia pues, como muestra el crecimiento de la tutela durante los años previos a la T-760, la justicia constitucional no tiene una sola forma de afrontar cuestiones relativas a los derechos fundamentales, sino que el abanico de posibilidades es amplio. Luego de más de una década en la que se optó por decisiones particulares, y ante la pasividad de las demás ramas del poder del Estado (y de las aseguradoras y prestadoras del servicio de salud), el número de tutelas fue creciendo de manera desmedida mientras la situación que se quería atacar a través de los fallos particulares no daba muestras de mejoría¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Como lo afirma Rodríguez Garavito (2012: 538) la Corte, al no adoptar un enfoque estructural, «tendió a perpetuar la ola de tutelas e incluso a impulsarla mediante los

Así, los principales problemas que aquejaban al sistema de salud en Colombia y que terminaban por convertirse en tutelas decididas por la Corte y los demás jueces, continuaron creciendo hasta el punto que en el año 2008 no sólo llegaron las tutelas en salud a la sorprendente suma de 142.957, sino que la misma sostenibilidad del sistema se encontraba en riesgo. La falta de control y vigilancia del Estado en un sistema que pretende ser de «competencia regulada», la no actualización del POS, sumado a la existencia de «zonas grises» en la determinación del régimen de beneficios, así como la exclusión de prestaciones para usuarios del régimen subsidiado, eran problemas que la ingente cantidad de tutelas resuelta por la Corte no lograba solucionar. Por el contrario, la respuesta casuística por parte de la justicia constitucional llevaba a agravar algunos de estos problemas.

El actuar de la Corte en la protección del derecho a la salud tiene entonces dos grupos de problemas. El primero es el limitado efecto de la jurisprudencia constitucional. Por más que la Corte y los jueces de tutela logren resolver miles de casos (muchos de ellos dramáticos), la situación del sistema de salud en general sigue siendo caótica. Esto muestra que, en muchas ocasiones, para resolver problemas que afectan los derechos de las personas y grupos más débiles, el papel de la justicia constitucional es limitado y convertir estos asuntos en conflictos jurídicos que deben resolver los jueces no necesariamente deriva en una mejor protección de los derechos fundamentales. El segundo grupo de problemas es el relacionado con el uso masivo y rutinario del litigio en salud, problemas que siguen patentes aun en aquellos casos en que la justicia constitucional es eficaz.

efectos secundarios (y probablemente no buscados) de algunas de sus decisiones sistematizadoras».

Siguiendo el estudio de Uprimny y Duran (2014) para la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), es posible afirmar que el carácter masivo del litigio tiene, al menos, tres grandes problemas. El primero es el costo que puede significar el hecho de que un gran número de asuntos lleguen a los juzgados para ser resueltos por los jueces²⁰⁰. En segundo lugar, la solución judicial de los conflictos en salud tiende a concentrarse en los grupos de ingresos medios y altos, razón por la cual puede llegar a tornarse en una solución inequitativa. En tercer lugar, las prestaciones exigidas y concedidas por los jueces no necesariamente se corresponden con los servicios básicos requeridos por la población más desprotegida.

Estos riesgos del litigio masivo se acentúan al hacerse rutinarios. Al carecer el SGSSS de mecanismos eficientes para resolver los conflictos entre usuarios y las entidades que participan en el sistema, y al concentrarse estas quejas en los jueces de tutela debido al fácil acceso a este mecanismo -así como a la apertura de los jueces a proteger los derechos sociales-, el litigio masivo se torna en rutinario, pasando a ser un trámite legal más para el acceso a ciertos servicios (Bergallo, 2011: 62; Uprimny y Durán: 40-41)²⁰¹.

²⁰⁰ Esto sería aún más grave si, como muestra el estudio realizado por Nieto y Arango (2011) en Medellín, en la mitad de los casos los costos derivados del proceso son superiores a los derivados de los servicios requeridos. Esto se debe a que un gran número de los servicios negados por las EPS y demandados a través de tutela son de bajo costo.

²⁰¹ Bergallo identifica diferentes etapas en la rutinización del litigio. En la etapa inaugural hay un caso o grupo de casos en el que se accede a la prestación demandada. En la segunda etapa hay un incremento de las demandas de servicios de salud debido al precedente favorable, lo que lleva, en la tercera etapa, a un momento en que «el grupo de casos comienza a ser parte de una rutina a través de la cual la intervención

No hay duda de que estos problemas se convierten en serios obstáculos para considerar a la justicia constitucional como un mecanismo eficaz para la protección de los derechos fundamentales (en este caso el derecho a la salud) y, por lo tanto, puede verse afectado su valor instrumental. Sin embargo, el caso colombiano también revela cómo un determinado tipo de jurisprudencia constitucional logra minimizar los principales problemas que han afectado el litigio en salud en Colombia y hacen pensar que su valor instrumental es relativamente alto.

Si tenemos en cuenta el problema de la poca eficacia de la justicia constitucional para resolver el complejo problema que significa la desprotección de amplios sectores de la población con respecto al derecho a la salud, el litigio masivo existente en Colombia muestra cómo el actuar aislado de la Corte no logra resolver el fondo del problema. Dado que las fallas del sistema se deben a deficiencias en la regulación y vigilancia, la falta de reformas necesarias en la legislación y en la regulación del sistema, así como en la implementación de mecanismos de resolución de conflictos entre usuarios y entidades participantes en el sistema, cualquier respuesta que permita superar la situación generalizada que afecta el derecho a la salud debe provenir de una multitud de instituciones, entre las que se encuentran de manera clara el ejecutivo y el legislativo. La jurisprudencia casuista no logra entonces articular medidas efectivas, pues las ordenes específicas dadas en cada caso están destinadas a suministrar servicios

judicial actúa como precondition para el acceso a un servicio de salud particular». Una vez rutinizado el litigio existen dos posibilidades: Puede continuarse en la tercera etapa sin tomar ninguna medida al respecto o pasarse a una cuarta etapa en la cual «legisladores, responsables políticos o las cortes pueden reconocer la rutinización [...] y proponer vías para hacerle frente» (Bergallo, 2011: 62).

específicos y la rutinización del litigio no ha sido afrontada de manera adecuada por las demás ramas del poder público.

Los problemas de costo-efectividad de la tutela como mecanismo generalizado de solución de conflictos entre usuarios y prestadores de servicios de salud, así como la falta de idoneidad de los jueces para determinar las prioridades del sistema de salud son reales pero, de nuevo, los órganos llamados a poner remedio a esta situación (Ministerio de Salud y Congreso de la República) han sido pasivos en el cumplimiento de sus obligaciones.

Por último, el posible efecto regresivo del litigio en salud no necesariamente aplica en el caso colombiano. Como ha mostrado Ferraz para el caso brasileño, el recurso a la justicia para buscar el reconocimiento de prestaciones negadas por los agentes del sistema de salud no viene exento de riesgos²⁰². Esto se debe a que quienes suelen recurrir a los mecanismos judiciales son las capas medias y altas de la población, quienes logran por vía judicial prestaciones que son negadas al resto de las personas, lo que obliga al sistema a destinar recursos

²⁰² El argumento de Ferraz se desarrolla de la siguiente manera: «(1) cuando las cortes son llevadas a hacer cumplir los derechos sociales de manera firme, estas tienen una tendencia (y un incentivo) a interpretar de manera errónea estos derechos dándoles un carácter absoluto e individualista; (2) esta interpretación favorece de manera indebida a los litigantes (en muchas ocasiones una minoría privilegiada) sobre el resto de la población; (3) dado que los recursos del Estado son necesariamente limitados, el litigio hace que sea probable una redistribución desde programas comprehensivos destinados a la población en general hacía estas minorías privilegiadas de litigantes; y (4) contrario a lo argumentado por algunos académicos, mejorar el acceso a las cortes no resolvería el problema» (2011: 1643).

para beneficio de los litigantes y en perjuicio de aquellos que participan menos de estos mecanismos (es decir, en detrimento de los más pobres)²⁰³.

Las críticas planteadas por Ferraz deben, sin duda, ser tenidas en cuenta por aquellos que defienden la acción de la justicia constitucional en temas de salud y en la protección de derechos sociales en general. Sin embargo, hay peculiaridades en el caso colombiano que hacen pensar que no debe ser asimilado al brasileño. Ferraz afirma que en el caso brasileño las demandas en salud se concentran en la solicitud de medicinas de alto costo como nuevos tipos de insulina o nuevas medicinas para el cáncer que acumulan el 78% del gasto generado por el litigio (Ferraz, 2011: 1661). Se suma a esto que los litigios en salud se concentran en los estados y ciudades más ricas del país. Finalmente, los resultados de los fallos en los que se reconoce un derecho a una *atención máxima en salud*²⁰⁴ beneficia únicamente a la minoría litigante.

²⁰³ Esta es la conclusión de Ferraz, para quien «[l]os datos muestran que el litigio en salud en Brasil claramente no ha beneficiado a los pobres. Éste, por lo general, ha beneficiado a una minoría de individuos con acceso a abogados y cortes para forzar al Estado a proveer tratamientos costosos que el sistema público de salud no debería proveer bajo ninguna interpretación plausible del derecho constitucional a la salud» (2011: 1667). A similar conclusión ha llegado András Sajó en el caso húngaro. Para Sajó, la protección de los derechos sociales por la Corte Constitucional húngara ha beneficiado en particular a las *clases medias postcomunistas*, pero ha sido incapaz de «extender la protección de los derechos sociales a los grupos marginados desprotegidos por la actual legislación (como aquellos desprovistos de vivienda)» (Sajó, 2006: 84).

²⁰⁴ Para Ferraz la jurisprudencia del *Supreme Federal Tribunal* interpreta el derecho a la salud de manera que comprende «cualquier servicio de salud (tratamiento) que un individuo pueda probar que necesita, sin importar su costo».

El caso colombiano, por el contrario, muestra que hay una mezcla en el tipo de solicitudes que se hacen a través de la tutela. Hay, por una parte, una mayoría de solicitudes que buscan que se cumplan las prestaciones previstas en el POS. Del total de solicitudes hechas a través de acciones de tutela entre los años 2003 y 2013, más del 60% de los casos se debía a reclamaciones por servicios incluidos en el POS -llegando a representar el 69,96% de las solicitudes en 2013- (Defensoría del Pueblo, 2014: 290)²⁰⁵. Además de esto, si bien es cierto que la mayoría de las solicitudes No-POS están destinadas a obtener medicamentos (41,60% del total para el año 2013), también lo es que muchos de los medicamentos que se solicitan «son costo-efectivos, relativamente baratos y utilizados rutinariamente en otros países con niveles de desarrollo económico similares» (Rodríguez Garavito, 2012: 543)²⁰⁶.

²⁰⁵ Debe tenerse en cuenta, como lo afirman Uprimny y Durán, que no es del todo claro el porcentaje de tutelas POS y No-POS, toda vez que «en muchos casos la atribución de un servicio a la cobertura del POS depende de un juicio de valor subjetivo sobre la interpretación de la cobertura». Este sería el caso de las denominadas «zonas grises» o cuando «la descripción de la cobertura no permite individualizar claramente la prestación financiada» (Uprimny y Duran, 2014: 22). En todo caso, es claro que la participación de tutelas relacionadas con servicios incluidos en el POS es importante. Así lo mostraría el estudio elaborado por la Universidad de los Andes en el que no se tuvieron en cuenta como servicios POS algunos de los incluidos por la Defensoría del Pueblo. En este caso, el total de tutelas POS llegaría al 42% y las No-POS al 50,9% (Universidad de los Andes, 2012: 35, citado por Uprimny y Durán, 2014: 23).

²⁰⁶ Esto no niega que haya también un número elevado de medicamentos de alto coste cuyo suministro no podría ser universalizable y que, por lo tanto, su concesión por medio de tutela tiene efectos inequitativos. Estos diferentes efectos del litigio en salud son una muestra más de los efectos mixtos de la jurisprudencia de la Corte. Como lo

Debe agregarse a esto que los efectos de los casos de tutela resueltos por la Corte Constitucional no necesariamente se circunscriben de manera exclusiva a los grupos litigantes. La judicialización del derecho a la salud ha tenido también efectos indirectos que han permitido que los beneficios en principio individuales de los procesos judiciales terminen por generalizarse. Este ha sido el caso de los medicamentos para los pacientes con VIH/SIDA, quienes han visto cómo, luego de que el litigio para lograr su suministro se convirtiera en masivo, fueron incorporados al POS (Rodríguez Garavito, 2012: 543, Parra Vera y Yamin, 2013: 2606)²⁰⁷.

Por último, la evidencia acerca de la concentración del litigio entre los sectores más acomodados no es concluyente en el caso colombiano. Para autores como Rodríguez Garavito no es posible constatar un sesgo en el acceso a la tutela que profundice la desigualdad en el sistema de salud (2012: 543), mientras que Uprimny y Durán, apoyados en un grupo más amplio de estudios, consideran que las «cifras muestran una ambivalencia en la

afirman Parra Vera y Yamin, «[e]l acceso a los tratamientos no universalizables mediante el recurso a la tutela pudo contribuir con algunas inequidades del sistema. En contraste, otras decisiones de la Corte, que pretendían hacer más transparentes las áreas grises del POS y conseguir que las acciones de las aseguradoras tuvieran un mayor control público, produjeron una mayor igualdad y proporcionaron la única defensa contra los abusos que tenían lugar en un sistema altamente desregulado» (2013: 2610).

²⁰⁷ Este sería un ejemplo de efectos indirectos *externos al sistema jurídico*, que ocurren cuando «el blanco de la demanda judicial toma una decisión posterior –a través de legislación o reglamentación burocrática o corporativa- para extender los beneficios de la demanda inicial a todos aquellos que se encuentren en una situación similar» (Gauri y Brinks, 2008: 24).

concentración del litigio en salud», pues si bien evidencian una tendencia «a que los litigantes sean del régimen contributivo, pertenezcan a los quintiles altos de ingreso y provengan de ciudades con el IDH²⁰⁸ más alto», dichas tendencias «no son acentuadas» y en algunos casos «tienen excepciones significativas» (2014: 38).

Estas tendencias inequitativas dependen en algún grado del tipo de decisiones que tome el juez de tutela. Es posible menguar los elementos regresivos del litigio en salud y ampliar sus efectos benéficos si se tienen en cuenta algunos criterios. Uprimny y Durán consideran que una combinación de factores como un procedimiento ampliamente accesible (como lo es la tutela) y una jurisprudencia que tenga en cuenta el nivel de ingresos de los demandantes ayudarían a reducir la lógica regresiva del litigio rutinizado en salud (2014: 41).

En efecto, un mecanismo de fácil acceso y poco formalista como la tutela le permite acceder a la justicia a un gran número de personas y disminuye los efectos regresivos de la judicialización del derecho a la salud. Además, una jurisprudencia como la de la Corte, que exige para acceder a un tratamiento no sólo que su ausencia vulnere y amenace los derechos a la vida y a la integridad física, sino que quien lo solicite «no [pueda] directamente costear el tratamiento» (Sentencia T-1204 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero) permite que los recursos se reserven «para quienes de otro modo no podrían recibir los servicios que buscan a través del litigio» (Uprimny y Durán, 2014: 42).

A pesar de esto, este tipo de jurisprudencia sensible a la capacidad de pago de los demandantes no necesariamente se aleja de la denominada por Ferraz

²⁰⁸ Índice de Desarrollo Humano.

atención máxima en salud y puede causar problemas al destinar recursos a la financiación de tratamientos no prioritarios y que, sin embargo, cumplan los requisitos establecidos por la Corte: la exigencia de falta de capacidad de pago disminuye el impacto regresivo del litigio en salud, pero no logra evitar los efectos inequitativos que puede causar la autorización de servicios de salud no universalizables²⁰⁹.

2.3. Sentencia T-760 de 2008 y el enfoque estructural

En sus consideraciones la Corte Constitucional se refirió de esta manera a los problemas que se enfrentaban en cuestión de salud: «Se pregunta entonces la Sala si basta la protección caso por caso o si, ante un patrón de violación de los derechos, como sucede en este caso con la salud, debe la Sala tomar decisiones que apunten a que los órganos competentes también superen las fallas en la regulación que han llevado a que se constaten los irrespetos a este derecho en repetidas ocasiones».

De esta manera, consideró la Corte que «limitarse a resolver los casos concretos ha resultado insuficiente», por lo que era necesario adoptar «además de las decisiones para resolver los casos concretos, diferentes medidas encaminadas a que los órganos encargados de regular el sistema de salud corrijan las fallas en la regulación».

Esta forma de hacer frente a las cuestiones que se someten a su conocimiento es lo que se ha llamado enfoque estructural, el cual tiene, por lo menos, dos

²⁰⁹ Esto sin tener en cuenta lo afirmado por Uprimny y Durán sobre la pobre aplicación de este criterio por la misma Corte: «Desafortunadamente [...] su aplicación material más allá de la formalidad, que es la que realmente tiene potencial de evitar la asignación de recursos a los más privilegiados, es mucho más precaria» (2014: 43).

efectos. Primero, logra proteger de mejor manera los derechos fundamentales, en particular el derecho a la salud y, segundo, consigue este objetivo de una manera mucho más respetuosa con el principio democrático y de separación de poderes. Estos dos factores hacen más probable la justificación del control de constitucionalidad en el contexto colombiano dado el mayor valor instrumental de las sentencias de tipo estructural y dialógico, acompañado de la menor afectación al principio de participación.

En esta sentencia, la Corte evito determinar el contenido del derecho a la salud (estableciendo qué tratamientos debe estar o no incluidos) y buscó entablar un diálogo con las demás instituciones involucradas con el objetivo de solucionar los diferentes problemas que aquejan al sistema de salud en Colombia. Luego de un análisis sobre las diferentes causas de los problemas que afectan al SGSSS (vistos de manera somera al inicio del apartado 2.1.), la Corte dictó una serie de órdenes en las que instaba a los agentes del sistema a tomar decisiones sobre diferentes aspectos relativos a la regulación.

En primer lugar, instó a la Comisión de Regulación en Salud (CRES) a actualizar el Plan Obligatorio de Salud, al considerar que los cambios producidos en el mismo durante los (hasta entonces) 15 años de funcionamiento del sistema, no eran verdaderas actualizaciones que se compadecieran con los requisitos establecidos en la misma Ley 100, en la cual se indicaba que dichas actualizaciones se debían hacer teniendo en cuenta «los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema» (Art. 62 Par. 2º).

Este asunto no era para nada menor, dado que una parte importante de las tutelas relativas al sistema de salud se deben a la falta de claridad sobre la

inclusión o no de ciertos servicios en el POS (las llamadas «zonas grises»), así como la exclusión de algunos otros que han sido reconocidos de manera reiterada por la jurisprudencia y que no habría, en principio, razones para su exclusión (como el examen de carga viral exigido de manera masiva por pacientes con hepatitis o VIH/SIDA). Así mismo, exigió que la actualización del POS se hiciera a través de mecanismos que garantizaran «la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud». De esta forma no sólo se busca superar uno de los principales problemas que afectan al sistema de salud, sino también hacerlo de una manera que permitiera un mayor control social y una mayor participación en las decisiones por parte de aquellos que se ven afectados por las mismas (en este caso, incluyendo en el debate sobre las inclusiones en el POS a los usuarios del sistema de salud y a la comunidad médica).

Como segunda medida, ordeno la unificación del plan de servicios de los regímenes existentes. Como se expuso en la breve descripción del SGSSS, el sistema colombiano incluye un régimen doble que cubría, por un lado, a aquellas personas que hacían cotizaciones al sistema, así como a su círculo familiar (régimen contributivo). Por otro, las personas sin capacidad de pago ingresaban en el régimen subsidiado que se nutría de los aportes de solidaridad de los cotizantes y del gobierno²¹⁰. Cada uno de estos regímenes tenía su propio plan de servicios, teniendo este último una cobertura menor. La Ley 100 había

²¹⁰ Según los últimos datos disponibles en la página del Ministerio de Salud, para el año 2012 el 47% de los afiliados al sistema pertenecían al régimen contributivo, mientras que el 53% pertenecía al subsidiado, con una cobertura total del 91,1% de la población (<http://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Regimensubsidiado/Paginas/coberturas-del-regimen-subsidiado.aspx>).

previsto esta situación como temporal, estableciendo en su Artículo 162 que para el año 2001 ambos planes de servicios deberían encontrarse unificados. 15 años después, al momento de la expedición de la T-760, dicho mandato legal no había sido cumplido.

La Corte, quien en sentencias anteriores había aceptado las diferencias de cobertura teniendo en cuenta el carácter progresivo de los derechos sociales (Sentencia C-130 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería), había ya advertido que «si bien el desarrollo progresivo de la seguridad social para lograr la cobertura total de los servicios de salud para todos los habitantes del territorio colombiano debe hacerse gradualmente, para lo cual los recursos existentes en un momento dado juegan un papel determinante, esto no puede ser obstáculo para lograr esa meta en el menor tiempo posible, pues de no cumplirse con prontitud se estarían desconociendo los fines esenciales del Estado y, por ende, en flagrante violación de los artículos 48 y 49 del Estatuto Supremo».

Teniendo en cuenta el incumplimiento del mandato legal, así como la violación del derecho a la igualdad que significaba el establecimiento de un sistema segregado de salud con planes de beneficios diferenciados y que «ha implicado en la práctica la prolongación de las privaciones y limitaciones al derecho a la salud de las personas más necesitadas en el sistema», la Corte, ante la evidencia de que «[n]o existen actualmente programas ni cronogramas que muestren un esfuerzo para avanzar en la unificación de los planes de beneficios de los regímenes contributivo y subsidiado», insta «a las autoridades competentes para que, con base en las prioridades epidemiológicas, las necesidades de salud de los que pertenecen al régimen subsidiado y las consideraciones de financiación relevantes, diseñe un plan que permita de manera real alcanzar esta meta» (Sentencia T-760 de 2008).

Por último, la Corte emitió órdenes relativas a los mecanismos administrativos para tramitar las solicitudes de servicios no incluidos en el POS. La ausencia de estos procedimientos es una de las grandes causas de la comentada rutinización del litigio pues, como dice la Corte, la regulación existente (o más bien su ausencia) «convierte a la acción de tutela en un *“prerrequisito de trámite”* para acceder a un servicio de salud» (cursivas en el texto original). En este caso, la Corte ordenó a la CRES «adoptar las medidas para regular el trámite interno» y establecer como mecanismo provisional el procedimiento prescrito para la autorización de medicamentos no POS (que sí estaba regulado) y que se tramitaba a través de los Comités Técnico Científicos (CTC).

Como puede verse en las órdenes citadas anteriormente, el método adoptado por la Corte supone hacer, en un primer momento, un análisis de la situación desde un punto de vista estructural, identificar los problemas y sus causas para, finalmente, emplazar a las entidades responsables a tomar medidas conducentes a la superación de las fallas detectadas. De esta manera, se busca que la superación de las violaciones de derechos fundamentales detectada no se haga a costa de la anulación de las facultades reconocidas en la Constitución y en la ley a las demás entidades y también, en cierta medida, respetar el principio democrático²¹¹.

²¹¹ Debemos tener en cuenta aquí que nos enfrentamos a dos posibles problemas. Por un lado, tenemos que la intervención de la Corte puede afectar el principio de participación política en la medida en que su actuación signifique una limitación de los ámbitos de decisión del legislador. Por otro lado, las decisiones de la Corte pueden afectar el principio de separación de poderes siempre que éstas impliquen una reducción de las competencias constitucional o legalmente reconocidas. Una violación

2.4. El carácter dialógico de la Sentencia T-760

Además del esfuerzo por asumir el litigio en salud como un problema estructural que exigía la participación de una pluralidad de instituciones y mitigar así los efectos inequitativos de la jurisprudencia casuista que venía desarrollando la justicia constitucional, la Corte ha intentado también dar cabida al *diálogo constitucional*. Este enfoque dialógico que, como se dijo en el **Capítulo IV**, se caracteriza por promover la interacción entre las diferentes instituciones implicadas, fue uno de los puntos tenidos en cuenta la Sentencia T-760.

En este fallo, la Corte adopta una combinación de remedios débiles y fuertes, así como una concepción del derecho a la salud que en algunos casos exige medidas concretas y en otras da un margen al legislador y al Gobierno para implementar los programas que consideren que mejor lleguen a realizar los derechos tutelados. En primer lugar, en los casos concretos en los cuales se tutelan los derechos de los demandantes, las órdenes dadas por la Corte -así como su concepción del derecho a la salud- se enmarcan dentro del esquema de remedios y derechos fuertes. En segundo lugar, en lo referido a los problemas

del principio de separación de poderes puede implicar una afectación del principio de participación política cuando la limitación de las facultades reconocidas está en cabeza de órganos mayoritarios. Pero, cuando esta limitación afecta a entidades con poco o nulo carácter representativo (como la CRES o el Ministerio de Salud), el principio de igual participación se vería afectado en menor medida o no se vería afectado en absoluto. Finalmente, puede haber una afectación del principio de igual participación sin que exista una violación del principio de separación de poderes, como cuando la Corte ejerce las competencias constitucionalmente reconocidas pero que limitan el mencionado principio. Este es el típico caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes.

estructurales (llamados por la Corte *problemas jurídicos generales*) las órdenes varían en el grado de concreción del derecho y de especificidad de las medidas.

En las órdenes estudiadas en el apartado 2.3 vimos cómo la Corte exigió la unificación del POS-C y el POS-S. En este caso, la Corte ordenó que se adoptara «un programa y un cronograma para la unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios del régimen contributivo y del régimen subsidiado teniendo en cuenta: (i) las prioridades de la población según estudios epidemiológicos, (ii) la sostenibilidad financiera de la ampliación de la cobertura y su financiación». La Corte consideró entonces que el derecho a la salud y el derecho a la igualdad exigían la unificación de los planes de servicios, sin embargo, el enfoque gradual que le confirió a esta orden, al exigir la elaboración de un programa y un cronograma, hizo que la medida se encontrara a medio camino entre los efectos declarativos de los remedios débiles y el carácter específico de los remedios fuertes²¹².

Algo similar puede ser dicho de la actualización del Plan Obligatorio de Salud. Como lo habíamos mencionado, la Ley 100 establecía que los Planes

²¹² En este caso, la Corte no estableció una fecha exacta para la unificación del POS-S y POS-C, ni determinó la manera exacta en que dicha unificación debía llevarse a cabo. Sí obligó a la CRES a entregar el cronograma y el programa antes del 1 de febrero de 2009 y que su implementación se llevara a cabo de tal manera que ofreciera «oportunidades suficientes de participación directa y efectiva a las organizaciones que representen los intereses de los usuarios del sistema de salud y de la comunidad médica». El proceso de unificación del plan de beneficios inició en 2009 con el Acuerdo 004 de la Comisión de Regulación en Salud que igualaba el plan de beneficios para todos los menores de 12 años y terminó con el Acuerdo 32 de 2012 que incluyó al último grupo de beneficiarios (personas entre 18 y 59 años).

Obligatorios de Salud debían ser actualizados de manera periódica teniendo en cuenta «los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema» (Art. 162 Par. 2º). Esta obligación establecida por el legislador había sido ignorada por las entidades reguladoras (en este caso, la Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud –CNSSS-, reemplazado después por la Comisión de Regulación en Salud –CRES-), razón por la cual la Corte ordenó actualizar el POS asegurándose de garantizar «la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud». Además de esta actualización, se le exigía a la CRES presentar un informe anual ante la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, en el cual se diera una justificación de las decisiones tomadas en torno a los servicios incluidos o no en el POS actualizado²¹³.

De igual manera fijó la Corte mecanismos provisionales para la autorización de servicios no incluidos en el POS, a la vez que ordenó a la CRES establecer

²¹³ A través de la Ley 1438 de 2011, «Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones», el Congreso estableció la obligación de actualización integral del POS cada dos años, así como la exigencia de adoptar una metodología a través de la cual se consultara «la opinión, entre otros, de las entidades que integran el Sistema General de Seguridad (Sic) Social en Salud, organizaciones de profesionales de la salud, de los afiliados y las sociedades científicas, o de las organizaciones y entidades que se consideren pertinentes». Como se había afirmado, dicha actualización correspondía a la CRES. Sin embargo, ante el incumplimiento de ésta de su obligación de iniciar procesos en los que participaran los afiliados y los grupos de profesionales, el Ministerio de Salud decidió asumir de nuevo la competencia (Lamprea, 2015: 105. Ver Decreto 2562 de 2012 del Ministerio de Salud y Protección Social).

trámites internos adecuados para este fin. Ordenó además al Ministerio de Salud y a la Superintendencia Nacional de Salud adoptar medidas «para identificar las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios que con mayor frecuencia se niegan a autorizar oportunamente servicios de salud incluidos en el POS o que se *requieran con necesidad*» (cursiva en el texto original), así como elaborar informes que permitieran determinar cuáles EPS eran las que de manera más frecuente incurrían «en prácticas violatorias del derecho a la salud de las personas». Los remedios ofrecidos en este caso fueron de carácter débil, permitiendo a las diferentes entidades elaborar esquemas que lograran la superación de las fallas en la regulación que se encuentran en la base de una parte importante del litigio en salud.

Además del carácter tendencialmente débil de los remedios (y en algunos casos, también de los derechos) el constitucionalismo dialógico se caracteriza por los mecanismos de seguimiento implementados por los tribunales. Al establecer sus fallos, los tribunales pueden decidir o no conservar el poder de supervisar la implementación de las órdenes dadas (Rodríguez Garavito, 2011: 1691). En este caso, la Corte Constitucional creó en 2009 una sala especial de seguimiento a la Sentencia T-760 con el objetivo de supervisar el fallo. Esta sala, además de expedir autos en los cuales se estudian los avances efectuados y se dictan nuevas órdenes²¹⁴, celebra audiencias públicas en las cuales participan las entidades del SGSSS, los órganos de control y la sociedad civil.

²¹⁴ En mayo de 2015 los autos generales ya superaban los 80 y los específicos (relativos a las 16 órdenes expedidas para superar los problemas estructurales) superan ampliamente la centena. Tanto los autos como las grabaciones de las audiencias públicas se encuentran disponibles en <http://seguimientot760.corteconstitucional.gov.co/> (última visita, 4 de mayo de 2015).

Estas audiencias, como se verá también en el caso de la Sentencia T-025 de 2004, son importantes porque facilitan la labor dialógica de la Corte. En las dos audiencias celebradas por la Sala de Seguimiento en el caso de la Sentencia T-760, han participado no sólo los organismos de control y las agencias y ministerios encargados del diseño y aplicación de políticas públicas, sino también sectores de la sociedad civil²¹⁵. Esta participación ha tenido efectos importantes tanto en lo que se refiere al cumplimiento de la sentencia, como en la forma en que la opinión pública percibe el problema del derecho a la salud en Colombia²¹⁶.

2.5. Interpretación de las exigencias derivadas de la garantía universal a la Seguridad Social

Antes de finalizar el estudio de la Sentencia T-760 de 2008 quisiera ocuparme de uno de los elementos descritos como característicos de la sentencia estudiada y

²¹⁵ Este es el caso de la «Comisión de seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 y de reforma estructural al sistema de salud y seguridad social», «La Campaña Nacional Octava Papeleta, por la Salud y la Seguridad Social como Derechos Fundamentales», «Así Vamos en Salud», la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina (ASCOFAME), entre otras organizaciones que han participado activamente en el seguimiento a la Sentencia T-760, así como en los procesos de reforma que se derivaron de dicho fallo (Uprimny y Durán, 2014: 57, Lamprea, 2015: 102).

²¹⁶ Para Everardo Lamprea, «[e]l efecto más importante de las dos audiencias es que visibilizaron ante la opinión pública general que el cumplimiento de las órdenes estipuladas por la Sentencia T-760 de 2008 sería posible no sólo con la concurrencia de las entidades del Estado explícitamente vinculadas por este fallo (el Ministerio de Salud, la CRES, la Superintendencia de Salud, entre otras), sino con la participación de otras entidades estatales, órganos de control, expertos de la sociedad civil, grupos de pacientes, etc.» (2015: 102).

que puede ser considerado como contradictorio desde cierto punto de vista. Como pudo observarse en el estudio del caso de sistema de salud colombiano, en muchos casos el actuar de la Corte parecía limitarse al funcionamiento de un juez administrativo encargado de hacer cumplir los derechos legales (y no constitucionales) de los usuarios del sistema. El ejemplo más claro de esto sería el hecho de que la más importante de las decisiones tomadas por la Corte en la sentencia T-760 hubiera sido la unificación de los planes de servicios de los regímenes contributivo y subsidiado, obligación que ya se encontraba establecida en la ley.

Sobre este asunto vale la pena resaltar algunos elementos. Lo primero es que una característica propia de la acción de tutela es el hecho de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, vengan estos del incumplimiento directo de la Constitución, o se deriven estos del incumplimiento de la ley. Lo relevante es que el accionante no haya contado con mecanismos efectivos para la protección de sus derechos. Esto, sin embargo, sólo nos sirve para afirmar que la labor de la Corte fue efectivamente la de protección de los derechos fundamentales de los afectados, sin importar si esta función hubiera podido ser cumplida de igual manera por un juez de legalidad en lugar de un juez de constitucionalidad.

Otro elemento que debe notarse, es que la superación de violaciones masivas de derechos fundamentales (como lo son las que se derivan del mal funcionamiento del sistema de salud colombiano) requiere una suma de acciones y de colaboración institucional entre las diferentes ramas de poder público. Las órdenes dadas por la Corte se dirigían en muchas ocasiones a la administración pública (como en el referido caso de la unificación de planes de servicios) interpretando los derechos constitucionales de una manera tal que la ley pudiera ser entendida como desarrollo de la constitución. Por esta razón, la

Ley 100 de 1993 (que regula el SGSSS) no fue declarada simplemente inconstitucional debido a su gran número de fallas, sino que fue entendida como un intento que, a pesar de sus defectos, intentaba realizar el derecho constitucional a la salud.

La interpretación hecha por la Corte acerca del derecho a la salud y la exigencia constitucional de igual protección hacía entender que la cobertura del sistema debía ser universal e igualitaria. La Ley 100, como se afirmó, establecía un plazo para que este hecho se realizara. El Gobierno había incumplido este plazo y el Congreso lo había ampliado a través de una nueva ley²¹⁷. Esto muestra la importancia de la orden dada por el alto tribunal, pues establecía como exigencia constitucional el cumplimiento de dicha obligación y, si bien reconocía los esfuerzos llevados a cabo por el ejecutivo y el legislativo, entendía también que existía «una violación de la obligación constitucional de cumplimiento progresivo a cargo del Estado consistente en unificar los planes obligatorios de beneficios, para garantizar el derecho a la salud en condiciones de equidad». Es decir, el actuar de la Corte no significó simplemente hacer cumplir los mandatos establecidos en la ley, ni tampoco una interpretación libre de los derechos constitucionales con independencia de la ley. El alto tribunal recogía en el fallo el mandato constitucional de garantizar el derecho a la salud

²¹⁷ El Artículo 162 de la Ley 100 de 1993 establecía que antes de 2001 todos los habitantes del territorio colombiano debían tener acceso al plan obligatorio de salud y que, para la misma fecha, los planes del régimen subsidiado y contributivo debían unificarse. Este plazo fue luego eliminado por el Artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, en cual el Congreso estableció que se buscaría «el acercamiento progresivo de los contenidos de los planes de los dos regímenes con tendencia hacia el que se encuentra previsto para el régimen contributivo”.

y para establecer las medidas que de él se derivaban recurrió a la interpretación que del mismo había hecho el Congreso en anteriores ocasiones.

Esto muestra que la intervención de la Corte no debe verse como necesariamente restrictiva de los poderes del legislativo (en este caso la Corte ha buscado hacer cumplir el plan diseñado por el Congreso de la República) y, por otro, que en un modelo dialógico las decisiones tomadas a través de procedimientos mayoritarios deben tener siempre un peso fuerte al momento de guiar las actuaciones de control llevadas a cabo por la justicia constitucional. Las tensiones entre procedimientos mayoritarios y constitucionales –que no pretende ser negada- no se define como un todo o nada en el cual toda actuación del juez constitucional significa la anulación del poder legislativo. En muchos casos (y el ejemplo del SGSSS es muestra de ello) el control de constitucionalidad asume el modelo, principios y metas establecidos por el legislador, lo que no significa que no pueda desafiar, en algunos casos, las decisiones de los representantes debido al riesgo que puede significar para los derechos protegidos por la Constitución.

2.6. Exclusión social y garantía del derecho a la salud

La protección del derecho a la salud a través de los mecanismos de la justicia constitucional es, como pudo verse en el apartado 2.2., un asunto debatido. La crítica más fuerte es aquella presentada por autores como Ferraz (2011) o Sajó (2006), según la cual existe la posibilidad de que el actuar de los tribunales termine por beneficiar a quienes ya ocupan una posición de relativo privilegio en sociedades sumamente desiguales. Como vimos en el citado apartado, en el caso colombiano no es claro que el litigio en salud haya tenido los mismos efectos que en Brasil o en Hungría. Por el contrario, medidas como la exigencia de universalización de la protección del sistema de seguridad social y la

unificación de los planes de servicios están destinadas a proteger a los sectores más débiles de la sociedad: los excluidos del sistema y los que, a pesar de estar incluidos en el SGSSS, no tenían una protección igual a de aquellas personas con capacidad de pago.

Sin embargo, las consecuencias de la Sentencia T-760 de 2008 no deben reducirse a los efectos directos e indirectos del fallo relativos a prestaciones ordenadas por la Corte. Aunque no se puede negar la importancia de las órdenes dadas, en particular de las *órdenes estructurales* destinadas a superar las fallas del sistema de salud consistentes en remedios tendencialmente débiles, el actuar de la Corte fue un aporte al debate público que tuvo diversas respuestas institucionales y no institucionales. Entre las segundas, pueden tenerse en cuenta los debates generados entre los pacientes, médicos y miembros de organizaciones de la sociedad civil y en los medios de comunicación en general²¹⁸. Entre los institucionales, el más importante es sin duda el proceso de reforma al sistema de salud iniciado en el año 2013 y que terminó con la promulgación de la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015). Esta ley, a través de la cual el legislativo reconoció el derecho a la salud como un derecho fundamental, estuvo fuertemente inspirada por la Sentencia T-760 de 2008 y su proceso de seguimiento²¹⁹.

²¹⁸ El debate en torno al derecho a la salud y las primeras reacciones del gobierno a la Sentencia T-760 de 2008 tuvo un efecto importante en la política nacional. Tal como lo comenta Lamprea, una de las principales encuestadoras del país atribuía el descenso en la popularidad del gobierno (evidenciado por la caída de cinco puntos en la popularidad del presidente) a la «emergencia social y la salud» (2015: 95).

²¹⁹ El Artículo 1º establece que la ley tiene por objeto «garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección».

Conclusión

La intervención de la Corte Constitucional en la protección del derecho a la salud y en el control del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia muestra las diferentes virtudes y potencialidades (así como defectos) de la actuación de la justicia constitucional en favor de los sectores más desaventajados de la sociedad.

Las decisiones de la Corte, si bien han tenido un efecto limitado y han sido en muchos casos objeto de crítica, han obligado a abrir un debate público sobre las obligaciones del Estado en materia de salud y han permitido enfocar la acción del mismo en la protección de aquellas personas que se encontraban al margen del sistema, como lo muestra la protección de las personas con VIH/SIDA y los beneficiarios del régimen subsidiado.

Por último, los mecanismos dialógicos implementados por la Corte debilitan la crítica democrática al control de constitucionalidad, toda vez que la labor ejercida por los jueces constitucionales puede desarrollarse de forma respetuosa con el papel institucional de los demás poderes, al tiempo que promueve la participación ciudadana al abrir espacios de debate público en los que tienen cabida no sólo las instituciones estatales, sino también la sociedad civil.

3. *La crisis del desplazamiento forzado en Colombia y la protección de los derechos fundamentales por parte de La Corte Constitucional. El enfoque dialógico en la Sentencia T-025 de 2004*

La Sentencia T-025 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) es, quizás, el fallo que mayor reconocimiento ha alcanzado y el que ha significado un mayor avance en la protección de los excluidos. Esta macro-sentencia es relevante no sólo por haberse ocupado de la difícil situación vivida por la población desplazada por la violencia, sino también por los novedosos mecanismos utilizados y que la han convertido en el mejor ejemplo del constitucionalismo dialógico en la jurisprudencia colombiana.

En esta ocasión la Corte Constitucional acumuló 108 acciones de tutela presentadas por 1150 familias desplazadas que, como explica la Corte, se componían principalmente «por mujeres cabezas de familia, personas de la tercera edad y menores, así como algunos indígenas». Los demandantes eran víctimas del desplazamiento forzado quienes, a pesar de haber recibido en algunos casos ayuda estatal temporal, no contaban con los recursos mínimos para cubrir sus necesidades respecto a vivienda, atención en salud y educación, entre otras.

Tal como ocurrió en la Sentencia T-760 de 2008 (estudiada en el apartado 2.), el problema que enfrenta la Corte es especialmente difícil no sólo por la cantidad de derechos violados y por el elevado número de personas afectadas por dichas violaciones, sino también por las enormes dificultades derivadas de la cantidad de entidades que debían intervenir para dar remedio a las

condiciones en que se encontraba la población desplazada y al fracaso de las medidas diseñadas e implementadas por los órganos legislativo y ejecutivo²²⁰.

3.1. Situación previa a la Sentencia T-025 de 2004

Antes de la expedición de la Sentencia T-025 de 2004 el problema del desplazamiento interno había ocupado la actividad no sólo de la Corte Constitucional, sino también del legislativo y del ejecutivo. En 1997 el Congreso promulgó la Ley 387, «por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia» y el ejecutivo los Decretos 2569 de 2000, «por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 387 de 1997 y se dictan otras disposiciones», 951 de 2001, «Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 3ª de 1991 y 387 de 1997, en lo relacionado con la vivienda y el subsidio de vivienda para la población desplazada», y 2562 de 2001, «Por el cual se reglamenta la Ley 387 del 18 de

²²⁰ Una muestra de la complejidad de los temas tratados y la cantidad de instituciones implicadas es el número de entidades demandadas en el proceso de la T-025 de 2004. Entre estas se encuentran la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los Ministerios de Salud y del Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación y el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), entre otros. Esto se debe a que (como se verá más adelante) la solución de las múltiples violaciones de derechos que significa el desplazamiento, exige la acción coordinada de diversas agencias estatales, así como de los diferentes niveles de gobierno (central, departamental y municipal).

julio de 1997, en cuanto a la prestación del servicio público educativo a la población desplazada por la violencia y se dictan otras disposiciones»²²¹.

En la mencionada ley y los decretos que la siguieron se crearon diferentes instancias para la protección de los desplazados, se asignaron competencias y se determinaron órganos para la coordinación de las políticas de atención a las víctimas del desplazamiento forzado. La Ley 387 estableció el *Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia* (SNAIPD), así como el *Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia* (CNAIPD) y los comités municipales, distritales y departamentales para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia «encargados de prestar apoyo y brindar colaboración al Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia».

²²¹ De manera previa a la expedición de estas leyes y decretos, el Departamento Nacional de Planeación (DNP) había elaborado los documentos Conpes 2804 de 2005 y 2924 de 1997 en los que se reconocía la grave situación de los desplazados y se establecían las primeras políticas públicas, además de crear el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia y Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, retomados luego por la Ley 387 de 1997 y centro del debate judicial en la T-025 de 2004. Los *documentos Conpes* son documentos técnicos elaborados por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y aprobados por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), presidido, según establece el Artículo 1º del Decreto 2148 de 2009, por el Presidente de la República e integrado por 17 miembros permanentes con derecho de voz y voto, entre los que se encuentran los titulares de los diferentes ministerios y algunos departamentos administrativos.

A pesar de los esfuerzos de las diferentes entidades estatales, lo cierto es que la situación de la población desplazada al momento de la sentencia seguía siendo sumamente precaria, circunstancia que se hacía mucho más grave al corroborar, como lo hizo la Corte, que las diferentes acciones emprendidas por el legislativo y el ejecutivo tenían escaso efecto práctico: los lineamientos generales establecidos en la Ley 387 y los diversos decretos no se habían convertido en políticas eficaces que permitieran hacer frente al flagelo del desplazamiento.

Para 2003, según estudio elaborado por el Programa Mundial de Alimentos, el 92% de la población desplazada en Colombia presentaba necesidades básicas insatisfechas y un 80% se encontraba en situación de indigencia. Estas circunstancias llevaron a la Corte a afirmar que «[l]as políticas públicas de atención a la población desplazada no han logrado contrarrestar el grave deterioro de las condiciones de vulnerabilidad de los desplazados, no han asegurado el goce efectivo de sus derechos constitucionales ni han favorecido la superación de las condiciones que ocasionan la violación de tales derechos» (Sentencia T-025 de 2004)²²².

²²² Un dato revelador de la especial vulnerabilidad de la población desplazada lo muestran las enormes diferencias entre los pobres urbanos y los desplazados. Como afirma un informe de la Programa Mundial de Alimentos y la Cruz Roja, «Comparando las Necesidades Básicas Insatisfechas de la población desplazada con las de la población no desplazada, 70% de los hogares desplazados son deficientes en dos o más indicadores, principalmente en el área de vivienda y condiciones de vida. Por otra parte, sólo 10% del quintil de ingreso más bajo de la población no desplazada en las áreas urbanas, tiene deficiencias en dos o más indicadores» (2005: 12).

A pesar de estos esfuerzos, la situación de los desplazados siguió deteriorándose y las medidas adoptadas por el Estado colombiano no lograron evitar la desprotección y violación de derechos de las personas afectadas. El grave estado en que se encontraba esta población no había logrado poner el problema del desplazamiento como una prioridad en la agenda política nacional, al grado que para el año 1999 aún no se tenía claro el número de desplazados y la ayuda brindada por el gobierno cubría casi de manera exclusiva la ayuda humanitaria de emergencia²²³.

Apoyándose en información suministrada por agencias estatales, el alto tribunal mostró cómo, para el período comprendido entre enero de 2000 y junio de 2001, no había recibido ayuda del gobierno el 61% de la población desplazada. De igual manera resaltó que la atención humanitaria de emergencia (la primera ayuda que se otorga a la población desplazada y que, como advierte la Corte, era el componente que mejores resultados había registrado), «entre 1998 y 2002 tuvo una cobertura del 43% de hogares desplazados registrados por la Red de Solidaridad Social, del 25% de familias reportadas por CODHES²²⁴, y ha cumplido con el 36% del nivel establecido como meta en el Plan Estratégico», cifras aún más dramáticas si se tienen en cuenta no los datos por familia, sino individuales. En este caso «la cobertura es del 33% de los desplazados

²²³ Para autores como Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco la importancia de la sentencia es tal que llega a *crear* el problema del desplazamiento, en el sentido de ponerlo en el centro del debate político nacional y transformar su discusión en un problema de derechos que debía ser atendido por el Estado y no como simple efecto secundario del conflicto (2010: 92-127).

²²⁴ Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento.

registrados por la Red de Solidaridad Social, y del 15.32% de los reconocidos por CODHES».

A esta situación es la que se enfrentaba la Corte Constitucional en 2004, año en que la cifra de desplazados llegaba ya a 3.401.577 personas, 462.827 de los cuales habían sido desplazados en un solo año²²⁵.

3.2. La Corte Constitucional y el problema del desplazamiento

Ante esta situación, la Corte considera que «existe un alto grado de insatisfacción con los resultados de las políticas», insatisfacción evidenciada tanto por los informes y documentos de organismos públicos y privados encargados de evaluar la actuación del Estado, como por «las comunidades desplazadas, lo cual se hace evidente con la interposición de un número bastante elevado de acciones de tutela, a través de las cuales dichas personas intentan acceder a la oferta institucional, la cual es inalcanzable por medio de los programas estatales ordinarios» (Sentencia T-025 de 2004).

La gravedad de la situación llevó a la Corte a preguntarse por el tipo de medidas que debía tomar para proteger los derechos de los desplazados. Con anterioridad a la Sentencia T-025 había abordado ya este tema a través de sentencias de tutela en las cuales analizaba los casos de personas que se habían visto privadas de una o varias ayudas a las que, según las leyes vigentes, tenían derecho.

²²⁵ En el año 2002 se dio el mayor número de desplazamientos según datos de Codhes. Para el año 2013 la cifra llegaba ya a 5.921.222 personas, situación sólo comparable en magnitud a la de Siria, con aproximadamente 6 millones de desplazados (Codhes, 2013).

En uno de los primeros fallos en los que la Corte se ocupó del problema del desplazamiento –Sentencia T-227 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)- el tribunal decidió un caso en el cual un grupo de campesinos desplazados de sus tierras en el sur del Cesar piden que sean tutelados sus derechos a la libertad de tránsito, al buen nombre y a un trato digno. En este caso, la gobernadora del Departamento de Cundinamarca se había opuesto de manera abierta a la iniciativa del Ministerio del Interior de ubicar de manera temporal a los desplazados en el Municipio de la Mesa, afirmando que estas personas «no [tenían] cabida» en Cundinamarca, que la ubicación temporal significaba trasladarles «el conflicto social agravando la situación propia del departamento de Cundinamarca» y sugiriendo la existencia de vínculos entre los campesinos y la guerrilla, llamándoles «reinsertados del Cesar» cuya presencia perturbaría el orden en una zona de «tranquilidad y paz».

El alto tribunal concedió la tutela, reconociendo la violación de los derechos constitucionales a la libre circulación y a la dignidad humana, razón por la cual exigió a la gobernadora de Cundinamarca abstenerse «de restringir la libre circulación de las personas desplazadas por la violencia y para que les preste un trato decoroso y acorde con la dignidad humana», así como de realizar «expresiones públicas que comprometan la protección debida a las personas desplazadas por la violencia», además de ordenar a la Defensoría del Pueblo iniciar labores de promoción de los derechos humanos, tanto en la gobernación, como en las alcaldías implicadas.

Tres años después, en la Sentencia SU-1150 de 2000 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte asume de nuevo el problema de los desplazados en un proceso en el que se comienzan a dar los derroteros de la T-025, aunque sin llegar tan lejos como este último fallo. Con la información existente (todavía más precaria que la disponible en 2004) hizo un análisis de la situación de los

desplazados en Colombia, de las diferentes estimaciones sobre su número y sobre las consecuencias socioeconómicas, políticas y psicosociales.

Según la información disponible en ese momento, sólo el 22% de la población desplazada contaba con atención en salud y el 54% «habitaba en inquilinatos y tugurios ubicados en zonas urbanas marginales, alojamientos que, además de obligarlos al hacinamiento, no guardaban relación alguna con sus anteriores lugares de vivienda», todo esto agravado por la falta de asistencia por parte de los organismos estatales encargados de esta labor.

Esta situación, según palabras de la Corte, significaba una «vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales de los colombianos obligados a migrar internamente» que exigía una actuación por parte del Estado. Ya en el año 2000 el alto tribunal era consciente de que el Estado estaba incumpliendo esta obligación y que los problemas se debían, según fuentes del mismo gobierno, a problemas de coordinación y falta de financiación²²⁶. A pesar de los avances presentados en esta sentencia y del esfuerzo de la Corte por proteger los derechos de las personas afectadas por la violencia, las decisiones tomadas en este proceso se restringieron a ordenes específicas, en las cuales se exigía a las diferentes entidades implicadas cumplir con las prestaciones incluidas en la Ley 387 de 1997.

En dos procesos posteriores a la T-1150 y previos a la T-025 la Corte abordó de nuevo el problema del desplazamiento. En la Sentencia T-215 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) tuteló el derecho a la educación de varios menores

²²⁶ Al momento de expedición de la T-1150 de 2000 se sumaba también la escasa reglamentación de la Ley 387, lo que conducía, según consideraba la Corte, a «la inaplicación práctica de distintos apartes de la ley».

pertenecientes a familias víctimas del desplazamiento forzado, ordenando al Municipio de Medellín incorporarlos al sistema educativo. En la Sentencia T-602 de 2003 (M.P. Jaime Araújo Rentería) la Corte reiteró los puntos principales establecidos en la Sentencia T-1150 de 2000, tutelando los derechos a la igualdad, al mínimo vital y a una vivienda digna. Especialmente relevante en esta sentencia es el hecho de que se trate de manera mucho más clara la necesidad de tener en cuenta un enfoque diferencial que permitiera diseñar políticas especiales para aquellos grupos dentro de los desplazados que se ven afectados en mayor medida (como las mujeres, los adultos mayores, los niños y las minorías étnicas). También es importante el hecho de que la Corte comienza a hablar de la necesidad de satisfacer los niveles mínimos esenciales de los derechos de los que son titulares las personas desplazadas, punto que será uno de los elementos fundamentales de la Sentencia T-025.

Todas estas sentencias, si bien trataban el problema del desplazamiento y daban órdenes concretas para la solución de cuestiones puntuales que afectaban a diferentes grupos de desplazados, no habían logrado tener un impacto relevante en las políticas implementadas por el ejecutivo. La Corte había hecho avances significativos en esta línea jurisprudencial, en particular en el diagnóstico de la situación y en el reconocimiento (por parte de una institución de la importancia de la Corte Constitucional) de la problemática del desplazamiento y de la grave violación de derechos que ésta significaba. Sólo estos elementos son ya de gran relevancia, en la medida en que la Corte había logrado convertirse en un espacio de debate, así fuera restringido, que permitía fijar la mirada en una crisis humanitaria que una parte importante del país había estado ignorando.

Sin desconocer esto, no sería sino hasta la T-025 y su enfoque dialógico que la Corte logró hacer trascender el debate de las violaciones puntuales de derechos

a un análisis más amplio que permitiera entender las condiciones que hacían posible estas violaciones y las medidas que deberían ser tomadas para superarlas. El fracaso en las políticas de atención a la población desplazada que había quedado en evidencia en todos los procesos llevados ante la Corte, así como la gran cantidad de tutelas interpuestas ante cientos de juzgados en todo el país, se debía, según identificó la Corte, a dos grandes tipos de problemas. El primero estaba relacionado con la escasa capacidad institucional²²⁷. El segundo, con la falta de financiación de los programas destinados a atender a las víctimas. Junto a estos dos grandes grupos de problemas, para la solución de los cuales se dictaron órdenes generales destinadas al conjunto de entidades encargadas de la atención de la población desplazada, la Corte estableció una protección mínima de los derechos de las personas afectadas por el desplazamiento.

3.2.1. Problemas relacionados con la capacidad institucional.

Como vimos en el apartado anterior, el Congreso había fijado unos parámetros institucionales y unos objetivos a cumplir a través de la Ley 387 de 1997. Sin embargo, más allá de lo dispuesto por sus artículos, muchas de las instituciones creadas o bien no cumplían con sus funciones o bien no habían llegado siquiera a existir²²⁸. Siete años después de la expedición de la Ley 387 los comités

²²⁷ Al respecto dice la Corte: «En conclusión, la Corte estima que la respuesta del Estado sufre de graves deficiencias en cuanto a su capacidad institucional, que abarcan todos los niveles y componentes de la política, y por lo tanto, que impiden, de manera sistemática, la protección integral de los derechos de la población desplazada» (Sentencia T-025 de 2004).

²²⁸ En palabras de Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco:

municipales, distritales y departamentales para la atención integral a la población desplazada por la violencia, previsto en el artículo 7º de la mencionada ley, no habían sido aún creados.

Por su parte, el SNAIPD, sistema creado para proteger y atender a la población desplazada²²⁹, se mostraba claramente ineficaz en el cumplimiento de

[E]l Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (SNAIPD), establecido por la mencionada Ley 387, existía sobre el papel como un conjunto de entidades públicas y privadas destinadas a atender a la población desplazada.

[...]

Sin embargo, tanto funcionarios públicos como miembros de ONG que han litigado el caso reconocen que el grado de ineficacia de estos documentos era tal que no equivalían, en la práctica, a una política pública (2009: 347).

²²⁹ Este sistema había sido ya incluido en el Conpes 2924 de 1997 con el objetivo «subsana las deficiencias institucionales existentes que han limitado la capacidad del Estado para responder al reto que significa la atención integral a la población desplazada por la violencia». Conscientes de la necesidad de una acción coordinada, se había incluido en el sistema una estructura institucional que abarcaba «desde el nivel presidencial hasta el local e involucra a todas las organizaciones públicas y privadas en tono al propósito común de atender, integral pero razonablemente, a la población desplazada por la violencia». Por su parte, el Artículo 4º de la Ley 387 de 1997 estableció como objetivos del Sistema Nacional de Atención Integral a la población desplazada por la violencia:

1º. Atender de manera integral a la población desplazada por la violencia para que, en el marco del retorno voluntario o el reasentamiento, logre su reincorporación a la sociedad colombiana.

2º. Neutralizar y mitigar los efectos de los procesos y dinámicas de violencia que provocan el desplazamiento, mediante el fortalecimiento del desarrollo integral y sostenible de las zonas expulsoras y receptoras, y la promoción y protección de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

los objetivos a él asignados. La Corte encontró poca claridad en la definición de las funciones asignadas a las entidades que integran el sistema, así como la ausencia de coordinación entre las mismas. Según el alto tribunal «[l]a asignación de funciones y responsabilidades a las distintas entidades es difusa. Esto se evidencia en que (a) aunque a las entidades que componen el SNAIPD y las entidades territoriales se les designan funciones de acuerdo a sus competencias, la normatividad no es precisa acerca de qué debe cumplir cada una de ellas y en muchas ocasiones, las responsabilidades se encuentran duplicadas; (b) la Red de Solidaridad, que se supone tiene funciones de coordinación, pero no tiene instrumentos adecuados para ejercer una coordinación de manera efectiva respecto de las demás entidades integrantes del SNAIPD. Estas carencias obstaculizan la coordinación de acciones entre las diferentes entidades, impiden el seguimiento adecuado de la gestión, dificultan la priorización de las necesidades más urgentes de la población desplazada y estimulan la ausencia de acción de las entidades integrantes del SNAIPD y de los entes territoriales».

Estas fallas ya habían sido detectadas en procesos anteriores como el que dio lugar a la mencionada SU-1150 de 2000. Las órdenes dadas por la Corte fueron, sin embargo, de un carácter diferente. Como se había dicho al inicio del análisis de esta sentencia, la Corte había acumulado un gran número de procesos (108 acciones de tutela presentadas por 1150 familias), en los cuales las personas afectadas exigían la protección de sus derechos constitucionales debido a las

3º. Integrar los esfuerzos públicos y privados para la adecuada prevención y atención de las situaciones de desplazamiento forzado por la violencia.

4º. Garantizar un manejo oportuno y eficiente de todos los recursos humanos, técnicos, administrativos y económicos que sean indispensables para la prevención y atención de las situaciones que se presenten por causa del desplazamiento forzado por la violencia.

medidas tomadas (o dejadas de tomar) por las diferentes entidades del SNAIPD.

Para abordar el problema, la Corte comenzó por reconocer que la crisis humanitaria generada por el desplazamiento excedía el ámbito de los procesos iniciados por las familias accionantes, razón por la cual era necesaria la toma de medidas que permitieran mejorar la situación de los millones de personas que se habían visto y se verían afectas por el desplazamiento forzado. Esto exigía entonces expedir dos tipos de órdenes, unas dirigidas a resolver las solicitudes presentadas por los accionantes y otras de tipo general encaminadas a mejorar la situación de la población desplazada.

Son estas últimas las que representan mayor interés. Con ellas buscó la sala hacer frente a una situación en la que se da una vulneración repetida y constante de derechos y en las que la acción de los diferentes órganos del Estado se había mostrado ineficiente, a lo que se suma el hecho de que en muchos casos los afectados son personas pertenecientes a los grupos más débiles de la sociedad.

Para responder de manera adecuada a la compleja situación en la que estas violaciones generalizadas de derechos constitucionales tienen lugar, la Corte había recurrido en anteriores ocasiones a la figura del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) -como se verá en el caso del hacinamiento en las cárceles colombianas (T-153 de 1998 y T-388 de 2013)-. Esta figura se presenta, según la jurisprudencia de la misma Corte, cuando se dan dos condiciones: «(1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales – y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad

demandada, sino que reposa en factores estructurales» (Sentencia SU-090 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz).

El diagnóstico elaborado por la Corte en las sentencias anteriores a la T-025 (en particular la T-1150 de 2000) dejaba claro que se presentaba la primera de las condiciones para declarar en ECI. La ineficacia de las órdenes individuales dirigidas a una sola entidad había mostrado también que la «vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales». Las órdenes generales expedidas por la Corte buscaron entonces dar salida a estos problemas estructurales a través del establecimiento de un diálogo entre las entidades encargadas constitucional y legalmente para atender el problema del desplazamiento forzado, a la vez que se abrían canales para dar voz a diferentes organizaciones pertenecientes a la sociedad civil y que buscaban la protección de los derechos de los desplazados.

Establecida la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional, constatados los graves problemas de coordinación entre las entidades integrantes del SNAIPD y corroborada la ineficacia en el diseño, implementación y evaluación de las políticas destinadas a atender a la población desplazada, ordenó la Corte como primera medida que el CNAIPD, en un plazo de 3 meses, adoptara «un programa de acción, con un cronograma preciso, encaminado a corregir las falencias en la capacidad institucional», de manera específica, los fallos detectados en el numeral 6 de la sentencia, en donde la Corte señaló de manera extensa los errores relativos al diseño y el desarrollo reglamentario de la política de atención a la población desplazada y la implementación, seguimiento y la evaluación de la política.

3.2.2. Problemas relacionados con la falta de financiación.

En cuanto al segundo de los problemas la Corte tomó medidas específicas destinadas a superar los problemas de financiación de los programas destinados a la población desplazada. Para ello se apoyó en los diferentes estudios técnicos realizados por el gobierno, en los cuales se hacía un diagnóstico del problema, se proponían medidas y se estimaban los recursos necesarios para cumplir con los lineamientos establecidos en la Ley 387 de 1997²³⁰.

Consideró el alto tribunal que era necesario determinar cuál era el presupuesto necesario para atender a la población desplazada. Si bien ya se habían hecho cálculos en los documentos Conpes 3057 de 1999 y 3115 de 2001, no se tenía una cifra precisa sobre la cantidad de recursos necesarios para atender a los desplazados. Además de esto, estaba claro que las cifras establecidas por los documentos Conpes, aunque parciales, tampoco habían sido cumplidas. En el Conpes 3057 de 1999 se había estimado que la ejecución de la política para la atención de desplazados para los años 2000, 2001 y 2002 exigía un presupuesto de 360 millones de dólares, y esto sin tener en cuenta las políticas que implicaran adjudicación de tierras y vivienda (Conpes 3057 de 1999: 19). En el Conpes 3115 de 2001 se estableció como presupuesto necesario para el año 2001, 145.727 millones de pesos y para 2002, 161.999 millones de pesos. A pesar de esto, como pudo establecer la Corte, el presupuesto total destinado a los desplazados entre enero de 1999 y junio de 2002 fue de apenas

²³⁰ La política para atender a los desplazados había sido desarrollada a través de varios documentos técnicos elaborados por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) denominados documentos Conpes (ver nota 221). Antes de la T-025 de 2004 habían sido elaborados 4 documentos (Conpes 2804 de 1995, 2924 de 1997, 3057 de 1999 y 3115 de 2001).

126.582 millones²³¹. Además del incumplimiento de las metas presupuestales calculadas por el mismo gobierno a través del DNP, no había un cálculo que permitiera estimar el presupuesto necesario para el 2004 y los años siguientes. Esto, a pesar de haberse diseñado en la Ley 387 de 1997 todo un conjunto de instituciones destinadas a dirigir e implementar la política de atención a desplazados.

El texto de la Ley 387 de 1997 es una buena muestra del grado en el cual las instituciones colombianas son incapaces de cumplir con las mismas medidas por ellas proyectadas. La mencionada ley crea en su artículo 4º el *Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia* (SNAIPD) que, según su artículo 5º, estaría «constituido por el conjunto de entidades públicas, privadas y comunitarias que realizan planes, programas, proyectos y acciones específicas, tendientes a la atención integral de la población desplazada». Así mismo, el artículo 6º de la Ley 387 establecía el *Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia* (CNAIPD) que tenía entre sus funciones «garantizar la asignación presupuestal de los programas que las entidades responsables del funcionamiento del Sistema Nacional de atención integral a la población desplazada por la violencia, tienen a su cargo», mientras que el artículo 25 aseguraba que «el Gobierno Nacional hará los ajustes y traslados presupuestales correspondientes en el Presupuesto General de la Nación para dejar en cabeza del Fondo las apropiaciones necesarios para el cumplimiento de sus objetivos».

²³¹ Aún más grave encontró la Corte el hecho de que los recursos para la población desplazada «para el año 2003 disminuyeron en un 32% en comparación de los dineros asignados para el año anterior».

La primera orden expedida por la Corte fue entonces la de exigirle al CNAIPD definir la «dimensión del esfuerzo presupuestal que es necesario para atender los compromisos definidos en la política y establezca la forma como contribuirán a dicho esfuerzo la Nación, las entidades territoriales y la cooperación internacional», estimación que debía ser hecha antes de 31 de marzo de 2004²³².

La segunda orden relacionada con la financiación de las políticas para atender a la población desplazada exigía al «Director de la Red de Solidaridad Social, los Ministros de Hacienda y Crédito Público y del Interior y de Justicia, así como el Director del Departamento Nacional de Planeación y los demás miembros del Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia» realizar «todos los esfuerzos necesarios para asegurar que la meta presupuestal por ellos fijada se logre».

Por último, la Corte ordenó al Ministerio del Interior y de Justicia adoptar medidas para que los departamentos y municipios participaran más activamente en la atención de la población desplazada, de manera que existiera coherencia «entre las obligaciones, constitucional y legalmente definidas, de atención a la población desplazada a cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos que debe destinar para proteger efectivamente sus derechos constitucionales».

3.2.3. Establecimiento de una protección mínima de los derechos constitucionales de los desplazados.

A pesar de reconocer la Corte que el problema del desplazamiento requería la acción conjunta de un gran número de organizaciones, tanto públicas como

²³² La Sentencia T-025 de 2004 fue expedida el 22 de enero de 2004.

privadas, así como la participación activa de los mismos desplazados, consideró también que era necesario establecer una protección mínima de los derechos de la población desplazada, protección que se vio cristalizada en órdenes concretas que, en algunos casos, modificaban aspectos de las políticas trazadas por el legislativo y, en otros, exigían el cumplimiento inmediato de algunos mandatos constitucionales²³³.

Así, por ejemplo, se extendió en algunos casos el período al que se tenía derecho a recibir ciertas prestaciones. Esto ocurrió con la atención humanitaria de emergencia que, según el artículo 15 de la Ley 387 de 1997, debía prestar el Gobierno Nacional para «socorrer, asistir y proteger a la población desplazada y atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas». El párrafo de

²³³ Son derechos mínimos de la población desplazada «aquellos que guardan una conexidad estrecha con la preservación de la vida en circunstancias elementales de dignidad como seres humanos distintos y autónomos». Dichos derechos serían, según la Constitución y los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno de la ONU de 1998, los siguientes: 1. Derecho a la vida (artículo 11 C.P. y el Principio 10); 2. Respeto de la dignidad humana y derecho a la integridad física, psicológica y moral (artículos 1 y 12 C.P. y Principio 11); 3. El derecho a la familia y a la unidad familiar (artículos 42 y 44 C.P. y Principio 17); 4. Derecho a una subsistencia mínima como expresión del derecho fundamental al mínimo vital (Principio 18); 5. Derecho a la salud (artículo 49 C.P.); 6. Derecho a la protección frente a prácticas discriminatorias basadas en la condición de desplazamiento (artículo 13 C.P. y Principio 22); 7. Derecho a la educación básica hasta los quince años (artículo 67, inciso 3, C.P. y Principio 23); 8. Derecho a una provisión de apoyo para el autosostenimiento (artículo 16 C.P., Ley 387 de 1997 y Principios 1, 3, 4, 11 y 18); 9. Derecho al retorno y al restablecimiento.

este artículo establecía que a la atención humanitaria de emergencia se tenía derecho por tres meses, prorrogables por otros tres²³⁴.

La Corte consideró que el mínimo de protección garantizado por la Constitución exigía que para aquellas personas que se encontraran «en situación de urgencia extraordinaria» se debía extender el límite impuesto por la ley. Esto quería decir, explicó la Corte, que para «quienes no estén en condiciones de asumir su autosostenimiento a través de un proyecto de estabilización o restablecimiento socio económico», como es el caso de «los niños que no tengan acudientes y las personas de la tercera edad quienes por razón de su avanzada edad o de sus condiciones de salud no están en capacidad de generar ingresos; o las mujeres cabeza de familia que deban dedicar todo su tiempo y esfuerzos a cuidar a niños menores o adultos mayores bajo su responsabilidad», la atención humanitaria de emergencia debería seguir siendo suministrada «hasta el momento en el cual la circunstancia en cuestión se haya superado».

Respecto al derecho a la educación de los menores de 15 años estableció la Corte, amparándose en el artículo 67 de la Constitución²³⁵, que su protección mínima imponía al Estado la obligación, con respecto a los menores, «de garantizar su acceso a la educación a través de la provisión de los cupos que sean necesarios en entidades públicas o privadas de la zona».

²³⁴ Este límite fue declarado inconstitucional por medio la Sentencia C-278 de 2007, (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), en la cual se recogió lo establecido en la T-025 de 2004.

²³⁵ Dice el inciso 3º del artículo 67 de la C.N.: «El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica».

Por último, también consideró la Corte que la protección mínima de los derechos constitucionales exigía respetar el derecho al retorno y al restablecimiento, razón por la cual las autoridades colombianas debían abstenerse de «aplicar medidas de coerción para forzar a las personas a que vuelvan a su lugar de origen o a que se restablezcan en otro sitio», así como de impedir el retorno de las personas desplazadas, obstaculizar su restablecimiento en otro lugar o «promover el retorno o el restablecimiento cuando tal decisión implique exponer a los desplazados a un riesgo para su vida o integridad personal».

Con el fin de garantizar esta protección mínima, ordenó la Corte al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, que «en un plazo máximo de 6 meses [...] concluya las acciones encaminadas a que todos los desplazados gocen efectivamente del mínimo de protección de sus derechos».

3.3. Mecanismos de seguimiento de la Sentencia T-025 de 2004

La Sentencia T-025 ha marcado un hito en la jurisprudencia de la Corte Constitucional no sólo debido al complejo problema que buscó enfrentar, sino también por los mecanismos ideados por la Corte para hacer seguimiento al cumplimiento de las órdenes dictadas en la sentencia. Como lo habíamos mencionado, ya en anteriores ocasiones la Corte había declarado el *estado de cosas inconstitucional*. En las anteriores ocasiones en que se había declarado un ECI (como en la T-153 de 1998), la Corte había considerado que su función se limitaba a dictar ordenes orientadas a la protección de los derechos vulnerados, sin ocuparse en mayor medida por el cumplimiento efectivo del fallo.

Esta situación es apenas entendible si se tiene en cuenta que las complejas órdenes dictadas por la Corte eran de difícil implementación, su realización exigía la participación de diversas entidades y las estrategias de bloqueo por

parte de los destinatarios de las medidas hacían que el alto tribunal se encontrara en una difícil situación al momento de comprobar el cumplimiento de la sentencia.

Debido a estas dificultades, la Corte decidió adoptar un enfoque distinto en la T-025. Como se vio en los numerales anteriores, el alto tribunal se enfocó en los problemas de coordinación existentes en el SNAIPD, la falta de financiación de los programas creados por la ley y los decretos reglamentarios y, finalmente, en el cumplimiento de una protección mínima de los derechos constitucionales de la población desplazada.

Ahora bien, las órdenes referidas a los problemas de coordinación y financiación tuvieron un contenido general, a la expectativa de que fueran las entidades competentes las que determinaran las medidas adecuadas para superar los problemas expuestos por la Corte en su diagnóstico. Esta generalidad se acompañó de plazos estrictos. La primera tarea que debía imponerse al tribunal para comprobar si se estaban tomando medidas conducentes a la superación del ECI era precisamente constatar si en los plazos establecidos se habían logrado avances en la solución de los problemas detectados en el proceso de tutela²³⁶.

²³⁶ En cuanto al fundamento normativo de esta retención de competencia por parte de la Corte en los autos de seguimiento a la T-025, cita el tribunal el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, según el cual «el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza». Como el caso de la T-025 era claro que se mantenían las causas que habían dado lugar al fallo, la Corte retuvo (y retiene) la competencia.

Para ello la Corte hizo uso de dos mecanismos. Por un lado, realizó audiencias públicas en las cuales se debatieron temas relativos a la implementación del fallo y que han permitido recabar información para la actualización de las órdenes expedidas en la T-025. Por otro, se han expedido una gran cantidad de autos de seguimiento en los cuales la Corte ha reiterado las órdenes dadas o dictado nuevas.

Los autos de seguimiento continuaron en un principio con la metodología adoptada en la T-025: se hacía un diagnóstico de los problemas presentados en el diseño e implementación de la política y se dictaban órdenes generales con un plazo estricto. A medida que la Corte fue comprobando el pobre desempeño en la adopción de estrategias específicas que permitieran superar los problemas de coordinación y financiación ²³⁷, comenzó a concretar sus mandatos, incrementado de esta manera la fuerza de los remedios previstos²³⁸.

En los primeros autos se expidieron órdenes generales ordenando el diseño e implementación de políticas para superar diferentes falencias en la atención del Estado. Luego, entre los años 2007 y 2008, la Corte se concentró en la tarea de

²³⁷ En el Auto 185 de 2004 se establecieron los criterios para determinar el grado de cumplimiento de las ordenes incluidas en la T-025. En este auto se diferenciaron cuatro niveles: *incumplimiento*, *cumplimiento bajo*, *cumplimiento medio* y *cumplimiento alto*.

²³⁸ Este fortalecimiento gradual de las órdenes es una de las características que, según Tushnet, son esperables en modelos con remedios débiles. En cuanto los tribunales se hacen conscientes de que sus órdenes están siendo ignoradas, tienden de manera natural a fortalecer los remedios –siendo la otra opción considerar los derechos como derechos débiles o no justiciables y declarar que no les corresponde a los jueces exigir más del Estado-. Esto es lo que para el autor norteamericano sucedió en el caso de las sentencias sobre la segregación en las escuelas en los Estados Unidos (2008: 254-258).

adoptar indicadores que permitieran medir el grado de satisfacción de los derechos comprometidos, así como de introducir «un enfoque diferencial en la respuesta estatal, principalmente respecto de las mujeres, los menores, los indígenas, los afrocolombianos y las personas con discapacidad», promover la participación de las organizaciones que agrupaban a los desplazados, al igual que la rendición pública de cuentas y la implicación «de las entidades territoriales en la superación del estado de cosas inconstitucional» (Auto 008 de 2009).

Después de estas dos primeras etapas, las órdenes expedidas por la Corte fueron de un carácter más específico²³⁹, pasando de «juzgar la política pública y dar lineamientos para fortalecer la política pública existente, a construir indicadores que permitan medir el progreso de los esfuerzos para superar el ECI y, finalmente, a reformular y contribuir al diseño de una nueva política, que incluye programas para grupos específicos» (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010: 90).

²³⁹ A manera de ejemplo, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010: 90) mencionan el Auto 092 de 2008, en el que se ordena «al Director de Acción Social que lleve a su debido término el diseño e implementación de los trece Programas enunciados en la presente providencia para colmar los vacíos críticos en la política pública de atención al desplazamiento forzado [relativos a la protección de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del desplazamiento]», el Auto 004 de 2009, en el que la Corte ordenó que se adoptaran 34 planes para salvaguardar igual número de etnias en riesgo de desaparición y el Auto 006 de 2009, en el que la Corte ordenó «el diseño y ejecución de cinco proyectos piloto en el ámbito de prevención y atención de los riesgos especiales que aquejan a las personas desplazadas con discapacidad».

Estas órdenes más detalladas han dado lugar a nuevos autos en los que se evalúa el grado de cumplimiento y se dictan nuevas órdenes ²⁴⁰. Este fortalecimiento de los remedios, evidenciado por el carácter cada vez más concreto de lo dispuesto por la Corte, reduce los espacios de diálogo institucional, así como la capacidad de las demás instituciones de fijar políticas propias. Un ejemplo de esto se puede observar en las órdenes relativas a grupos indígenas.

Éste no fue un tema tratado de manera particular en la T-025 y sólo fue abriéndose campo a medida que la Corte fue desarrollando su posición sobre el enfoque diferencial en las políticas sobre el desplazamiento. En el Auto 218 de 2006 el tribunal llama la atención las entidades integrantes del SNAIPD, haciendo notar que «[e]l desplazamiento de los grupos étnicos colombianos es una de las áreas en las que se ha detectado uno de los vacíos más preocupantes en la política de atención que se evalúa [...] es claro que los grupos indígenas y afrocolombianos del país han sufrido un impacto proporcionalmente mayor dentro del total de víctimas del desplazamiento forzado [...] y no se ha probado que exista dentro de la política de atención un elemento específico orientado a prevenir la ocurrencia de desplazamientos de estos grupos y atender de manera inmediata y efectiva las necesidades específicas de los que ya han sido desplazados».

²⁴⁰ Es el caso del Auto 009 de 2015 (en donde «se hace seguimiento a la orden segunda y tercera del auto 092 de 2008»), el Auto 173 de 2014 (en el que se hace seguimiento a lo exigido en el Auto 006 de 2009 y se ordena la adopción de nuevos proyectos piloto) y el Auto 173 de 2012 (en el cual se reitera la necesidad de dar cumplimiento a lo prescrito en el Auto 004 de 2009 y se ordena adoptar un *Plan Provisional Urgente de Reacción y Contingencia* mientras se da cumplimiento a dichas órdenes).

A pesar de esta constatación, no se dictaron órdenes particulares para superar este problema. Fue en el Auto 004 de 2009 que la Corte asumió de manera particular el estudio del desplazamiento indígena²⁴¹, declarando que «están en peligro de ser exterminados cultural o físicamente por el conflicto armado interno, y han sido víctimas de gravísimas violaciones de sus derechos fundamentales individuales y colectivos y del Derecho Internacional Humanitario, todo lo cual ha repercutido en el desplazamiento forzado individual o colectivo de indígenas».

En este fallo se dio la orden de implementar un programa para la protección de los derechos de los pueblos indígenas afectados por el desplazamiento, así como 34 planes de salvaguarda étnica destinados a proteger igual número de grupos indígenas en riesgo de desaparición. Este proceso de concreción, en el que se pasó de la declaración de los riesgos que el desplazamiento implicaba para estos grupos (T-025 y Auto 218 de 2006) a la exigencia de crear programas de protección específica (Auto 004 de 2009), tiene su última fase en el Auto 173 de 2012.

En este auto no sólo se declaró el incumplimiento de las órdenes dadas en el Auto 004, sino que se dieron más de veinte órdenes. Entre estas se cuenta la de adoptar un *Plan Provisional Urgente de Reacción y Contingencia* para atender «de manera inmediata e integral» a la población desplazada perteneciente a los pueblos Jiw y Nükak. De igual manera, exigió iniciar estudios para la adquisición de terrenos que permitieran la reubicación de los desplazados, la

²⁴¹ A este Auto lo siguió el 005 de 2009 en donde se dictan medidas para proteger a la población afrodescendiente.

elaboración de proyectos etnoeducativos e incluso devolver un área del resguardo del pueblo Jiw que estaba siendo ocupada por una base militar²⁴².

3.4. Derechos y remedios en la Sentencia T-025 de 2004

Los elementos descritos en los numerales anteriores permiten observar la variedad de objetivos perseguidos en la Sentencia T-025 de 2004 y los diferentes medios a través de los cuales buscó alcanzarlos. La solución de los problemas de coordinación y financiación, así como la búsqueda de asegurar una protección mínima de los derechos constitucionales de los desplazados, llevó a la Corte a la adopción de diversos tipos de remedios, así como el inicio de un proceso de seguimiento aún vigente.

²⁴² Esta orden en particular fue extensamente discutida en los medios de comunicación: *Bases militares en territorios indígenas: allí donde no hay Estado* (disponible en: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3155-bases-militares-en-territorios-indigenas-alli-donde-no-hay-estado.html>, fecha de consulta: 20 de agosto de 2015), *C. Constitucional ordena retirar una base militar ubicada en territorio indígena en Guaviare* (disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/c-constitucional-ordena-retirar-base-militar-ubicada-territorio-indigena-guaviare/262272-3>, fecha de consulta: 20 de agosto de 2015), *Fallo de Corte Constitucional ordena mover y no retirar bases militares en Guaviare* (disponible en: <http://www.elpais.com.co/elpais/judicial/noticias/ordenan-retirar-bases-militares-resguardos-indigenas-en-meta-y-guaviare>, fecha de consulta: 20 de agosto de 2015). Menor repercusión en los medios tuvo, sin embargo, el objetivo principal del Auto 173 de 2012: «Indígenas, a punto de desaparecer» (disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/indigenas-punto-de-desaparecer-articulo-364859>, fecha de consulta: 20 de agosto de 2015), *Estado, a evitar extinción de etnias del Meta y Guaviare* (disponible en: <http://www.lafm.com.co/noticias/bases-militares-en-territorios/02-08-12/estado-evit>, fecha de consulta: 20 de agosto de 2015).

Si observamos el tipo de órdenes adoptadas por la Corte, vemos cómo los remedios aplicados son *débiles* en lo que respecta a la especificidad de las medidas, toda vez que deja un amplio margen a las diferentes entidades para determinar las políticas que consideren adecuadas. Este carácter débil se acompaña de elementos *fuertes*, como puede ser la fijación de plazos estrictos y la conservación de la competencia por parte de la Corte para vigilar el cumplimiento de la sentencia.

En un principio, podría afirmarse que hay una combinación de derechos fuertes por un lado y, por el otro, remedios tanto fuertes como débiles, pues además de lo dicho sobre la fuerza o debilidad de los remedios, la Corte establece un contenido preciso de los derechos violados y determina las obligaciones que de ellos se derivan. Esto muestra el grado de activismo de la Corte Constitucional colombiana.

Esta afirmación, sin embargo, debe matizarse. En primer lugar, no deben pasarse por alto dos características que moderan esta afirmación. La primera es el hecho mencionado de que, junto a los remedios fuertes ejemplificados por los plazos y el seguimiento de la Corte, se encuentran también remedios débiles que dan un alto grado de discrecionalidad a las diferentes entidades implicadas²⁴³. La segunda característica que es importante tener en cuenta es el hecho de que el contenido de los derechos constitucionales ya había sido fijado (parcialmente) tanto por el legislativo como por el ejecutivo.

²⁴³ En el caso de las *órdenes estructurales*, la decisión de la Corte se caracterizó por evitar «órdenes verticales y de *comando y control*», en su lugar «la Sentencia T-760 de 2008 incorporó un conjunto de órdenes que no especificaban el contenido de las medidas que le correspondía implementar al Gobierno» (Lamprea, 2015: 90)

Como habíamos mencionado, los diferentes instrumentos elaborados por el ejecutivo y el legislativo (la Ley 387 de 1997, los diferentes documentos Conpes que definen las políticas públicas encaminadas a atender a la población desplazada y los decretos expedidos por el ejecutivo), a pesar de establecer medidas concretas (prevención del desplazamiento, atención humanitaria de emergencia, consolidación y estabilización socioeconómica, etc.), habían sido ampliamente incumplidos, como lo demostró el diagnóstico hecho por la Corte. Esto muestra que, si bien nos encontramos ante derechos fuertes, la fuerza de dichos derechos no proviene exclusivamente de los aportes hechos por la Corte, sino que estos últimos están fundamentados en interpretaciones previas hechas tanto por el ejecutivo, como por el legislativo sobre las obligaciones derivadas de los derechos constitucionales que protegían a la población desplazada²⁴⁴.

Esto quiere decir que si bien la Corte adoptó una concepción fuerte de los derechos -esto es, una noción en la que se especifican las obligaciones derivadas de los derechos de manera más o menos detallada-, dicha concepción ha sido construida con los aportes de diferentes instituciones, siendo una de ellas el Congreso de la República, el cual, con la adopción de la Ley 387 de 1997, estableció una serie de pautas que al momento de la sentencia no estaban siendo cumplidas.

²⁴⁴ Al respecto dice la Corte: «cuando las autoridades competentes que conocen las características de un problema social, adoptan instrumentos jurídicos o promueven su expedición por el Congreso de la República, y tales instrumentos jurídicos no articulan una política pública cualquiera, sino que propenden por el goce efectivo de derechos constitucionales fundamentales, el juez de tutela puede ordenar que se respeten los criterios de racionalidad mínima anteriormente señalados» (Sentencia T-025 de 2004).

En segundo lugar, aunque no debe ser entendido de manera independiente a lo que se acaba de mencionar, debe tenerse en cuenta la incapacidad que ha mostrado el Estado de dar cumplimiento a sus propias decisiones. El gradual fortalecimiento de los remedios es un proceso que debía esperarse en caso de que las diferentes entidades del SNAIPD no hicieran esfuerzos reales para la protección de los derechos de los desplazados. Como ocurrió con el contenido de la Ley 387 de 1997, también las órdenes dadas en la T-025 tuvieron un pobre desarrollo. Ante esta situación la Corte tenía o bien la opción de aceptar la pasividad estatal y entender que su función había sido cumplida, o bien dictar nuevas órdenes con la esperanza de que se dieran avances en la protección de los derechos de la población desplazada²⁴⁵.

Por último, el proceso de fortalecimiento de los remedios que ha venido acompañando al seguimiento iniciado por la Corte en el caso de la T-025, ha tenido elementos deliberativos que, si bien no eliminan los riesgos democráticos implícitos en la fuerte actuación del juez constitucional, sí menguan el alcance de las objeciones que desde una perspectiva preocupada por la participación ciudadana y la deliberación democrática se pudieran dirigir.

Esto puede observarse en el diálogo iniciado entre los diferentes actores implicados en el proceso seguido por la T-025. Las audiencias públicas realizadas en desarrollo del proceso de seguimiento han dado lugar a la participación no sólo de las entidades integrantes del SNAIPD y a los

²⁴⁵ Un caso emblemático por la gravedad de los problemas que trata es el mencionado Auto 173 de 2012. Incluso ante la posibilidad de desaparición de dos pueblos indígenas ha sido incapaz el Estado de reaccionar. Una muestra de la desidia estatal es el no haber pagado su salario durante ocho meses a la promotora de salud asignada para atender a la comunidad Nükak (Auto 173 de 2012).

organismos de control, sino también a la sociedad civil y a la misma población desplazada. Este lugar de encuentro -que, por desgracia, no ha sido posible replicar en escenarios más representativos, como pueden ser las comisiones y las plenarias del Senado y la Cámara de Representantes- ha abierto de manera recurrente un espacio en el cual se han podido sopesar las necesidades de la población desplazada, evaluar las dificultades en la elaboración de las políticas públicas diseñadas por las autoridades responsables y buscar soluciones que permitan la superación del *estado de cosas inconstitucional*²⁴⁶.

Estas audiencias públicas²⁴⁷ han sido el lugar para que el Gobierno informe sobre los avances alcanzados en el desarrollo de las políticas de protección de la población desplazada, para que los organismos de control presenten la información pertinente, las instituciones académicas y representantes de la sociedad civil que han seguido el proceso hagan las observaciones que consideren oportunas y, finalmente, que los mismos representantes de los desplazados estén presentes en el momento en que se discuten y evalúan las políticas públicas destinadas a su protección. Un proceso de esta amplitud es, sin duda, una novedad en Colombia y si bien esto no elimina el carácter contramayoritario de instituciones judiciales como los tribunales constitucionales, no se puede negar que procesos como el de la T-025 han

²⁴⁶ Esto es lo que ha sido llamado por Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco como *efecto deliberativo directo*, pues afecta de manera directa a las partes participantes en el proceso de la Sentencia T-025 (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010: 172-176).

²⁴⁷ Según la información recogida por Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, entre 2005 y 2010 se llegaron a realizar un total 14 audiencias públicas (2010: 174).

abierto espacios de deliberación tan necesarios como escasos en el panorama político colombiano²⁴⁸.

Además de los *efectos deliberativos directos*, la sentencia y su proceso de seguimiento ha producido *efectos deliberativos indirectos* no menos importantes. En primer lugar, las órdenes dadas en la T-025 y sus autos de seguimiento obligaron a que el CNAIPD se reuniera de manera regular²⁴⁹, permitiendo además la participación de agentes no estatales como la Mesa Nacional de Fortalecimiento a la Población Desplazada y la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), así como organismos internacionales, como es el caso del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010: 17).

De igual manera, la existencia de un fallo como el producido en la T-025 y la creación de un espacio continuo de deliberación como el que se ha abierto en su proceso de seguimiento, ha incentivado la creación de nuevas organizaciones

²⁴⁸ A manera de ejemplo, el Auto 219 de 2011 -el cual evaluó el desarrollo general del proceso de seguimiento y determinó que, a excepción de la cobertura en salud (tema tratado también en la Sentencia T-760 de 2008, estudiada en el numeral 3.2) el ECI no había sido superado- fue el resultado de las audiencias públicas e informes presentados, entre otros, por el Gobierno, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado (perteneciente esta última a la sociedad civil).

²⁴⁹ Al momento de expedición de la Sentencia T-025 llevaba dos años sin reunirse, a pesar de ser el órgano encargado de fijar la política nacional (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010: 74).

en la sociedad civil con el fin de participar en el proceso. Este es el caso de la mencionada Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, creada en agosto de 2005 «como una iniciativa de sociedad civil con un mandato orientado a proporcionar apoyo tanto al proceso de seguimiento que adelanta la Corte Constitucional, como a los procesos de reivindicación de los derechos por parte de las personas en situación de desplazamiento»²⁵⁰.

En menor medida, y de forma paralela, la población desplazada se ha venido organizando a través de asociaciones y mesas nacionales y regionales que han tenido participación tanto en las audiencias organizadas por la Corte, como en el Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, y en las Mesas técnicas y temáticas. A pesar de que la participación de la población desplazada está lejos de ser satisfactoria (Comisión de Seguimiento, 2008: 48-53, 2010) y que ha tenido un papel menos protagónico que el de algunos

²⁵⁰ Así aparece consignado en la presentación de la comisión en la su página web (disponible en: <http://www.codhes.org/index.php/comision-de-seguimiento>, fecha de consulta: 20 de agosto de 2015). La comisión ha participado de manera activa en la elaboración de los indicadores de goce efectivo de los derechos de la población desplazada, herramienta necesaria para superar uno de los principales problemas detectados por la Corte, consistente en la incapacidad de medir el avance de las políticas de desplazamiento, toda vez que el Gobierno se limita a llevar indicadores de oferta institucional, sin tener en cuenta el impacto de esta oferta en la situación de los desplazados. Esto llevó a que a través del Auto No 109 de 2007 la Corte solicitara a la comisión realizar una tarea de verificación nacional del Goce Efectivo de los Derechos que tuvo como resultado las Encuestas Nacionales de Verificación (disponibles en: http://www.codhes.org/index.php?option=com_content&view=article&id=95&TemplateStyle=10&Itemid=193, fecha de consulta: 20 de agosto de 2015).

representantes de la sociedad civil (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010: 180-188), es importante destacar que a través de la T-025 y sus audiencias y autos de seguimiento se han hecho esfuerzos por incluir a la población víctima del desplazamiento en los procesos de toma de decisiones, teniendo como consecuencia la ampliación de los espacios de participación en los cuales se ha visto fortalecido el papel de la sociedad civil.

3.5. La respuesta del legislativo a la T-025 de 2004

La Sentencia T-025 de 2004 tuvo respuesta legislativa a través de la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas). En ella el Congreso estableció el marco normativo para la atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno. Tres elementos deben ser resaltados en lo que se refiere a esta ley y la problemática tratada por el Sentencia T-025 de 2004. El primero de ellos es la aceptación por parte del Congreso del diagnóstico hecho por la Corte Constitucional y el reconocimiento de que, en efecto, en Colombia se daba un *estado de cosas inconstitucional* en lo que se refería a la población desplazada²⁵¹.

El segundo, se refiere al aprendizaje que significó el proceso desarrollado en torno la Sentencia T-025, lo que llevó al legislativo a recoger gran parte de las herramientas propuestas por la Corte y el ejecutivo. De esta manera, al momento de regular los derechos de las víctimas del conflicto, fueron tenidas en cuenta las experiencias y debates de los años anteriores, lo que llevó a que se integraran a la ley muchos de los elementos que surgieron como consecuencia de los procesos de seguimiento a la T-025.

²⁵¹ Así fue expresado por los promotores de proyecto de ley en las ponencias presentadas en la Cámara de Representes (ver Gaceta del Congreso 865, 4 de noviembre de 2010).

Esto revela uno de los elementos que puede ser considerado más valioso del diálogo constitucional: la posibilidad de incorporar las experiencias y argumentos expuestos en los procesos anteriores, así como la oportunidad de evaluar y aprender de las decisiones tomadas por las demás instituciones llamadas a colaborar en la protección y realización de los derechos constitucionales. De igual manera que las decisiones de la Corte al estudiar el problema del desplazamiento forzado, buscaron en gran medida dar aplicación de los lineamientos establecidos por el legislador en la Ley 387 de 1997, el Congreso, al momento de diseñar la política para la atención de víctimas del conflicto, se apoyó fuertemente en la experiencia acumulada desde la expedición de la ley sobre desplazamiento forzado en 1997. La intención del Congreso era la de crear una regulación que abarcara a todas las víctimas del conflicto y no sólo a los desplazados internos. Para esto, extendió el papel de las instituciones creadas en los años anteriores, haciendo que gran parte de los organismos diseñados para atender a la población desplazada pasaran a atender a la población afectada por el conflicto, fuera o no desplaza.

De esta manera, el Registro Único de Víctimas (RUV) reemplazó al Registro Único de la Población Desplazada (RUPD), el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas (SNARIV) al Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia (SNAIPD), el Comité Ejecutivo para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (CNAIPD) y la Mesa Nacional de Participación Efectiva de las Víctimas a la Mesa Nacional de Fortalecimiento a Organizaciones de Población Desplazada. De igual forma, el enfoque diferencial introducido por la Corte como elemento necesario para la protección de las víctimas del desplazamiento forzado fue asumido como uno de los principios generales de la nueva ley.

Por último, el Congreso entendió que la protección otorgada por la Ley 387 de 1997 era insuficiente en lo que respecta al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. La nueva ley establece como uno de sus objetivos generales «la contribución efectiva a los derechos a la verdad, justicia y reparación integral de las víctimas», entre las que se incluye a la población desplazada²⁵².

Conclusión

La Sentencia T-025 de 2004 muestra cómo un tribunal constitucional puede ejercer su labor de tutela de los derechos constitucionales mostrando una especial preocupación por aquellos grupos sociales excluidos y menos capaces de hacer oír sus voces en escenarios políticos tradicionales. A pesar de las enormes dificultades que se han presentado en el seguimiento e implementación de la T-025 y lo limitado de sus logros, se puede reconocer que este proceso ha significado la apertura de espacios democráticos en los que se han discutido los problemas y necesidades de las personas desplazadas por la violencia, espacio prácticamente inexistente antes de la mencionada sentencia.

Así mismo, puede afirmarse que las obligaciones derivadas de los derechos constitucionales con respecto a la población desplazada no han sido determinadas de manera independiente por la Corte Constitucional. El alto tribunal ha recogido los aportes hechos tanto por el legislativo como por el ejecutivo, razón por la cual la fuerza impresa en los derechos tutelados por la Corte no puede ser entendida de manera ligera como una forma de gobierno judicial.

²⁵² La reparación para la población desplazada incluyó in ambicioso proyecto de restitución de tierras (a las que se dedica todo el Capítulo III de la Ley 1448 de 2011).

De igual forma, el continuo incumplimiento por parte de Gobierno Nacional de las obligaciones consignadas en la Constitución y en la ley ha obligado a la Corte a convertirse en un tribunal de cumplimiento.

Por último, la Sentencia T025 de 2004 y su proceso de seguimiento han abierto espacios de deliberación y participación en los que han tomado parte diferentes sectores de la sociedad civil, entre los que se pueden encontrar instituciones académicas, ONG de derechos humanos y los mismos desplazados, además de crear un diálogo entre éstos y las entidades responsables de la protección de la población desplazada.

4. *La Corte Constitucional y las violaciones de derechos en el sistema carcelario colombiano.*

El problema del hacinamiento carcelario y las violaciones de los derechos humanos en las cárceles colombianas no son de ninguna manera fenómenos recientes. Como lo señala la Corte Constitucional en la Sentencia T-153 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), ya entre los años 1957 y 1971 la población carcelaria había crecido de manera exponencial. Para 1971, con un total de 58.125 internos²⁵³, y a pesar de la construcción de nuevos centros de reclusión, el sistema se enfrentaba, según informe del INPEC, a «la peor de las crisis de hacinamiento vivida» (citado en la Sentencia T-153 de 1998)²⁵⁴.

Estas cifras se reducirían de manera significativa en los años siguientes llegando a caer hasta los 24.983 internos en 1986 y, después de un incremento entre los años 1987-1990 (con una población carcelaria de 31.876 en 1990), bajaría de nuevo a 26.961 internos en 1992. A partir de 1996 el número de internos comenzaría a crecer de manera acelerada, llegando a 42.454 a finales de

²⁵³ Según el Censo Nacional de 1973, la población colombiana sumaba 20.666.920 personas (Sardi, 2007), lo que permite ver la gravedad de la situación en ese entonces. Para 1997 (año previo a la sentencia ahora estudiada) la población carcelaria del país ascendía a 42.454 (15.671 menos que en 1971) y la población llegaba, según el Censo Nacional de 1993, a 33.109.840 personas. Si tenemos en cuenta el número de internos por cada 100.000 habitantes vemos como en 1971 era de aproximadamente 280, mientras que para 1997 era de alrededor 128.

²⁵⁴ Las cifras fueron extraídas por la Corte del estudio realizado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y publicado en 1997 bajo el título «Análisis de la población general de reclusos y el fenómeno del hacinamiento».

1997²⁵⁵. De esta cifra, casi la mitad (19.515) eran sindicados²⁵⁶ en espera de sentencia, 12.294 habían sido condenados en primera instancia y 10.645 en segunda²⁵⁷. Con un cupo total para 29.217 internos, el sistema penitenciario colombiano presentaba un hacinamiento del 45.3% (Sentencia T-153 de 1998)²⁵⁸.

Ante esta situación, varios internos de diferentes cárceles del país pidieron la protección de sus derechos constitucionales a través de acciones de tutela que fueron reiteradamente negadas por los jueces de primera y segunda instancia. La Corte Constitucional decidió acumular estos procesos y comenzar el estudio

²⁵⁵ Sólo entre los años 1995 y 1996 la población carcelaria aumentó en 9.373 personas, pasando de 30.304 internos en 1995 a 39.676 en 1996 (Defensoría del Pueblo, 2004: 2). Este fenómeno se debió en parte a la expedición de la Ley 228 de 1995, la cual endureció las penas para delitos como el hurto, las lesiones personales o el porte de sustancias ilegales.

²⁵⁶ En el procedimiento penal previo a la Ley 906 de 2004, se denominaba *sindicado* a aquella persona vinculada al proceso penal «mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente» (Artículo 126, Ley 600 de 2000). Esto quiere decir que las personas que se encontraban privados de la libertad en calidad de sindicados se encontraban en espera de sentencia de primera instancia.

²⁵⁷ Esta cifra, que equivalía al 46% de la población que se encontraba en prisión, llegó a ser incluso más alta en años anteriores. Según cifras dadas por la Corte, en 1989 el 58% de la población reclusa no había sido condenada, y en 1986 ésta llegaba al 61,9%. Para enero de 2015, según informe del INPEC, el número de sindicados ascendía a 41.133 (35,2%) y el de condenados a 75.627 (64,8%) (INPEC, 2015).

²⁵⁸ En el informe «De entre muros para la libertad (1993 – 2010)» el INPEC ofrece una cifra diferente a la entregada a la Corte en 1998. Según el mencionado informe, para finales de 1997 había un total de 42.028 reclusos, 32.859 cupos y un hacinamiento del 27,9% (INPEC, 2012: 42).

de las circunstancias en las cuales se encontraban los internos y las posibles violaciones a sus derechos fundamentales.

4.1. La Sentencia T-153 de 1998 y la declaración del primer *estado de cosas inconstitucional* sobre el estado de las prisiones en Colombia

La situación a la que se enfrentó la Corte era sumamente grave y de difícil solución. Como en los casos de las sentencias T-025 de 2004 y T-760 de 2008, el alto tribunal debía tomar una decisión en uno de los denominados *casos estructurales*, en los que había violaciones masivas de derechos fundamentales y se exigía la acción coordinada de diferentes instituciones para la superación de los problemas denunciados. En la T-153 de 1998 se daban estas condiciones dadas las circunstancias en que se encontraban miles de reclusos (entre condenados e investigados), como lo mostraba el alto nivel de hacinamiento carcelario, así como la necesidad de intervención del gobierno nacional a través de los ministerios de Justicia, Salud y Hacienda, además de entidades especializadas como el INPEC y el DNP.

En esta sentencia también encontramos dos elementos comunes a todas las sentencias analizadas en esta sección. En primer lugar, el grupo que solicita la protección encaja dentro de los denominados grupos excluidos o marginalizados. En segundo lugar, la labor de la Corte se concentra en gran medida en hacer cumplir las leyes existentes y no solamente la Constitución.

4.1.1. Los presos y la condición de marginalidad

Las personas que se encuentran privadas de la libertad están sometidas a lo que la Corte ha denominado una *relación de especial sujeción* frente al Estado. Una de las características de esta *especial sujeción* es la suspensión y restricción de varios de sus derechos fundamentales. Este solo hecho hace que los presos se encuentren en una situación de debilidad caracterizada, según palabras de la

misma Corte, «por una inserción del administrado dentro de la organización administrativa. Lo anterior determina que el administrado -en este caso, el interno- queda sometido a un régimen jurídico especial, caracterizado por la particular intensidad con que la Administración puede regular y modular sus derechos y obligaciones» (Sentencia T-705 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)²⁵⁹.

Pero no sólo esto, las personas privadas de la libertad son vistas con desconfianza por el resto de la ciudadanía, por lo que sus problemas y sufrimientos son en muchas ocasiones ignorados por el resto de la sociedad²⁶⁰. Esta situación se agrava por el régimen de aislamiento en que se encuentran y la pérdida de sus derechos políticos²⁶¹. Por esta razón, la Corte considera que su

²⁵⁹ La categoría de *relación de especial sujeción* usada por la Corte ha sido objeto de críticas por parte de Ariza (2005), quien la considera propia de posiciones autoritarias. Sin embargo, tal como lo expresan Jaramillo, Uprimny y Guarnizo (2006), lo que la Corte quiere expresar al referirse a la *especial sujeción* es tanto la existencia de restricciones de derechos (como el de libre circulación), como las obligaciones especiales de protección que para el Estado se derivan del hecho de confinar a una persona en un centro de reclusión.

²⁶⁰ En palabras de la Corte: «Los reclusos son personas marginadas por la sociedad. El mismo hecho de que sean confinados en establecimientos especiales, difícilmente accesibles, hace gráfica la condición de extrañamiento de los presos. En estas condiciones, los penados no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz. Por eso, sus demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas, como la colombiana» (T-153 de 1998: num. 50).

²⁶¹ Se debe sumar a esto que la población carcelaria proviene de sectores ya de por sí marginados. Según Iturralde «la población reclusa en Colombia no ha variado

intervención es precisamente necesaria en este caso: «El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos» (Sentencia T-153 de 1998: num. 51)²⁶².

4.1.2. Incumplimiento por parte de las instituciones colombianas de su propia normativa

En el caso de los presos encontramos un elemento que se repite en el conjunto de sentencias analizadas en este numeral. La labor de la Corte se basa no sólo en los derechos consagrados en la Constitución, sino que se apoya en lo

significativamente durante las últimas tres décadas [...]: es una población relativamente joven, en su gran mayoría del sexo masculino, con bajos niveles de educación formal y desempleada o con trabajos de bajos ingresos antes de entrar a prisión» (2011: 145). Así se desprendía también del informe presentado por el DNP en el año 2000, según el cual «el 94% de la población carcelaria está compuesta por hombres de los cuales el 79% es menor de 40 años. Cerca del 62% no ha recibido ningún tipo de instrucción educativa o no ha finalizado la educación básica primaria y tan solo un 2,8% es poseedor de educación superior» (Ariza, 2005: 320, con base en información extraída de DNP, 2000: 19-22).

²⁶² Esta posición es corroborada en la Sentencia T-388 de 2013, en la que la Corte afirma que, en el caso de los presos, «[s]e trata de personas en situación de vulnerabilidad manifiesta, dada la relación de especial sujeción que supone estar preso, aparte del estado de cosas contrario a la Constitución en que se encuentra el Sistema carcelario, que amplifica las violaciones y amenazas». Y más adelante: «El juez constitucional está obligado a proteger el goce efectivo de los derechos fundamentales, permitiendo a las personas privadas de la libertad ser voceros de sus derechos, y reclamar la protección de los derechos que la Constitución les da. En esa medida, es deber de esta Sala hacer llegar esa voz a las autoridades encargadas de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para asegurar sus derechos».

previsto en las mismas leyes y decretos expedidos por el legislativo y el ejecutivo, y que ha sido abiertamente desobedecido.

Tal como lo expresó la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia en uno de los casos sometidos a revisión, las normas expedidas por el mismo Estado «se tornan en letra muerta en la medida en que no se hagan las apropiaciones presupuestales necesarias a tal fin». Así, la asistencia médica, higiénica, odontológica, farmacéutica y hospitalaria, estaba garantizada por el artículo 155 del antiguo Código Penitenciario de 1964 (Decreto 1817 de 1964). Tanto el Código Penitenciario y Carcelario de 1993 (Ley 65 de 1993) en su artículo 21, como el artículo 400 del Código de Procedimiento Penal vigente en el momento (Decreto 2700 de 1991), exigían separar a sindicados de condenados, situación que era claramente incumplida.

De igual manera los artículos 9 y 10 del mencionado Código Penitenciario establecían como fin fundamental de la pena la resocialización y su artículo 142 consagraba que «[e]l objetivo del tratamiento penitenciario es preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad». Así mismo, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos exigen que los reclusos sean tratados de una manera digna. Ninguna de estas obligaciones estaba siendo atendida por las instituciones colombianas²⁶³.

²⁶³ En palabras de la Corte: «Con todo, las prescripciones de los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y Carcelario, de los tratados y acuerdos internacionales citados y la misma jurisprudencia de la Corte acerca de los derechos de los reclusos constituyen letra muerta. Las condiciones de vida en los penales colombianos vulneran evidentemente la dignidad de los penados y amenazan otros de sus derechos, tales como la vida y la integridad personal, su derecho a la familia, etc.

4.1.3. Decisión de la Corte Constitucional

Los casos estudiados por la Corte (el hacinamiento en las cárceles de Bellavista en Medellín y Modelo en Bogotá) no eran más que un ejemplo de una situación generalizada. El problema al que se enfrenta el juez constitucional era estructural y, como él mismo lo reconoce, era necesario tomar medidas que excedían las peticiones de los casos estudiados.

Para ello, era necesario que el Estado diseñara políticas que tuvieran como objetivo que las personas privadas de la libertad y a cargo de Estado se encontraran en una situación que fuera acorde con el principio de dignidad humana, con los derechos fundamentales consagrados en la constitución y con las normas expedidas por el Congreso de la República y el Ejecutivo en desarrollo de la Constitución.

Aquí, sin embargo, la Corte adoptó una visión restringida de las políticas posibles para solucionar la problemática presentada en el caso estudiado. La Corte consideró que la medida principal (si bien no la única) era la construcción de nuevas infraestructuras y la readecuación de las existentes²⁶⁴. Por esta razón

Nadie se atrevería a decir que los establecimientos de reclusión cumplen con la labor de resocialización que se les ha encomendado» (Sentencia T-153 de 1998: num. 48).

²⁶⁴ De esta manera afirma la Corte: «Los reclusos deben ser alojados en condiciones dignas. Como se sabe, la capacidad actual de los centros carcelarios no lo permite. Por lo tanto, es imperiosa la construcción de nuevos establecimientos», y más adelante (y de manera aún más concluyente) «La inversión en las prisiones no puede ser objeto de transacciones. Tampoco caben objeciones en contra de ella. El Estado tiene la obligación constitucional de ofrecerle a los reclusos condiciones dignas de vida. El gasto en prisiones - relacionado con el deber correlativo al debido proceso y al derecho a la tutela judicial efectiva - tiene un carácter más perentorio incluso que el gasto

ordenó al INPEC, el Ministerio de Justicia y el Departamento Nacional de Planeación la elaboración de un «plan de construcciones y refacciones, con el cual se pueda hacer frente a la situación de hacinamiento y se adecúen los penales actuales a los requerimientos mínimos para el alojamiento de los internos» (Sentencia T-153 de 1998: num. 56)²⁶⁵.

Si bien la Corte afirma que en Colombia prima «una concepción carcelaria del derecho penal» y que «el problema de las prisiones no se soluciona únicamente con dinero y construcciones», la Corte no tomó ninguna medida encaminada a rediseñar las políticas que hacen posible esta situación²⁶⁶. Como se dijo, el alto tribunal se centró en los problemas de infraestructura y el reducido número de cupos existentes²⁶⁷ y no en las razones por las cuales la población carcelaria estaba creciendo de manera desbordada.

público social, el cual, como lo dispone el artículo 350 de la Carta, tiene prioridad sobre cualquier otra asignación» (Sentencia T-153 de 1998: num. 56-57).

²⁶⁵ Este plan, según la misma sentencia, debía ejecutarse en un plazo máximo de 4 años a partir de su notificación.

²⁶⁶ A excepción de la tímida medida de ordenar a Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura «que investigue la razón de la no asistencia de los jueces de penas y medidas de seguridad de Bogotá y Medellín a las cárceles Modelo y Bellavista», ninguna de las otras órdenes expedidas por la Corte tuvo como objetivo las causas del crecimiento acelerado de la población carcelaria que, como afirmó la Corte, mientras se mantuviera «nunca [habría] suficiente espacio en la prisiones» (Sentencia T-158 de 1998).

²⁶⁷ También es cierto que la Corte tomó medidas destinadas a aliviar las condiciones de encierro de las personas privadas de la libertad. Ejemplo de esto son las ordenes relativas a la separación entre sindicados y condenados (que debía estar completa a más tardar 4 años después de la notificación de la sentencia), a la suspensión de la

4.2. Un nuevo estado de cosas inconstitucional

Quince años después de la expedición de la T-153 de 1998, la Corte estudió de nuevo las constantes violaciones a los derechos constitucionales de los internos en las cárceles y centros penitenciarios del país²⁶⁸. Las medidas tomadas en la T-153 de 1998, no obstante haber sido cumplidas en alguna medida²⁶⁹, se habían mostrado insuficientes para solucionar los problemas que la mencionada sentencia pretendía resolver²⁷⁰.

remodelación de uno de los centros penitenciarios demandados (y que significaba la regularización del hacinamiento) y al aumento del personal especializado en las prisiones.

²⁶⁸ La Sentencia T-388 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa), a pesar de tener fecha de 2013, no fue publicada hasta el mes de marzo de 2015.

²⁶⁹ A pesar de que la Corte se declaró satisfecha con el grado de cumplimiento de las órdenes por parte del Gobierno, debe tenerse en cuenta que los principales problemas detectados en la T-153 siguen presentes en el sistema carcelario colombiano. Por mencionar algunos de ellos, el acceso a los servicios de salud sigue siendo deficiente, además de las restricciones en el uso del agua, la falta de lugares adecuados para el descanso y el deporte, así como la insuficiencia de camas y la mala calidad de la comida. En cuanto una de las principales medidas ordenadas por la T-153 de 1998, la cual exigía la separación entre sindicados y condenados, es posible observar cómo en 2011, según informe de la Defensoría del Pueblo, dicha orden no había sido cumplida en lo que respecta a las mujeres privadas de la libertad (Defensoría del Pueblo, 2011). Esta situación fue estudiada por la Corte en la Sentencia T-971 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo), en la cual se ordenó de nuevo la separación.

²⁷⁰ Los demandantes en el proceso que dio lugar a la T-388 de 2013 habían solicitado a la Corte reasumir la competencia sobre la T-153. La Corte se negó a hacerlo bajo el argumento de que las órdenes dadas en aquella sentencia se habían cumplido y que el actual *estado de cosas inconstitucional* se debía a problemas que iban más allá de la

La capacidad del sistema carcelario no había parado de crecer durante los años transcurridos entre las dos sentencias. Había pasado de 28.332 cupos para internos en 1996 a 76.066 en 2013, según datos del INPEC (2012, 2014). Sin embargo, el nivel de hacinamiento había llegado en el año 2013 a niveles incluso superiores a los vistos en 1996²⁷¹.

Este hecho mostraba no sólo la gravedad de la situación en que se encontraban los internos, sino también la ineficacia de las medidas destinadas exclusivamente al aumento de cupos carcelarios. Bajo estas condiciones, la Corte decidió declarar un nuevo *estado de cosas inconstitucional*, sólo que en esta ocasión, a diferencia del primer ECI, la violación masiva de derechos constitucionales no podía ser atribuida a la falta de acción del Estado, pues éste se había comprometido con la construcción de nuevos centros de reclusión y la reparación de los existentes²⁷², como lo evidencia la duplicación del número de

infraestructura carcelaria, el hacinamiento y la falta de acción estatal, como se determinó en el caso de la T-153 de 1998. Esto se basaba principalmente en el compromiso mostrado por el Estado en la ampliación de la capacidad de los centros carcelarios y penitenciarios existentes, así como en la construcción de nuevos. Muestra de esto es que, para los años 2001 y 2002, el hacinamiento carcelario estuvo por debajo del 16%, llegando de nuevo a 34% en 2005 y bajando al 14,5% en 2006. Todos estos cambios se dieron con una población interna siempre creciente (INPEC, 2012: 42-44).

²⁷¹ Con una población carcelaria de 120.032 internos, el hacinamiento llegaba en 2013 al 57,8%, mientras que en 1996 fue del 40,0% (INPEC, 2012, 2014).

²⁷² Para autores como Ariza (2005, 2011), la Corte fue funcional a un proyecto político autoritario (*liberalismo autoritario* es el término usado por Iturralde) centrandose en la pena como mecanismo de control social (Iturralde, 2011: 148-155). Para Ariza, esto muestra el principal defecto de la Sentencia T-153 de 1998, la cual deja como «únicos beneficiarios directos de la solución» a «la Corte Constitucional y el sistema

cupos en 15 años²⁷³. En esta ocasión, la Corte consideró que la dificultad residía no en los problemas de infraestructura (o no sólo), sino en la política criminal implementada por los diferentes gobiernos y por el Congreso de la República desde 1995²⁷⁴.

Mientras que en 1997 la Corte consideró el hacinamiento carcelario como causa principal de las violaciones sistemáticas de derechos constitucionales, razón por la cual encausó todos sus esfuerzos en la exigencia de construcción de nuevos centros de reclusión y la reparación de los existentes, en la T-388 de 2013 consideró que la crisis carcelaria tenía un origen múltiple y que la

penitenciario en su conjunto». La Corte se beneficiaba al incrementar su capital simbólico «como defensora de la humanización del presidio» y fortalecer «su posición política al eludir un enfrentamiento con las demás ramas del poder público eventualmente producido por la adopción de medidas “eficaces”»; el sistema penitenciario, por su parte, veía incrementados sus recursos (Ariza, 2005: 312-314).

²⁷³ La Corte constató que efectivamente el presupuesto para la construcción de cárceles había aumentado y que las fallas existentes no podían ser atribuidas a la escasez de recursos: «El número de recursos destinado en los últimos años a la construcción de nuevas cárceles y penitenciarias, es notorio. Son cantidades importantes de dinero, por ejemplo, que representan un porcentaje significativo de los recursos con los que cuenta el Sistema penitenciario y carcelario para invertir en la mejora del mismo» (Sentencia T-388 de 2013: 7.2.4).

²⁷⁴ Ejemplo de esto es la Ley 228 de 1995 (norma primero adoptada por decreto en medio de un Estado de Conmoción Interior y luego incorporada con carácter permanente por el Congreso de la República), la Ley 1192 del 2007 y la Ley 1453 de 2011 (conocida como *Ley de seguridad ciudadana*) (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012: 29). Para un análisis del período 2004-2014 y la tendencia en Colombia al expansionismo punitivo, ver Corporación Excelencia en la Justicia (2015: 117-133).

construcción de nuevas cárceles (y la ampliación de cupos) no llevaría a la superación del *estado de cosas inconstitucional*.

El alto tribunal consideró que, si bien «es muy probable que sea necesario construir nuevos centros de reclusión para atender la demanda existente», dicha medida no tenía por qué ser la principal, pues también era posible concluir que «el hacinamiento no sólo requiere para su solución, la construcción de nuevos centros para privar de la libertad a las personas». Esto, teniendo en cuenta que «no todas las personas que están en prisión deberían estar allá, por lo que la solución al hacinamiento no sólo pasa por tener nuevos lugares de reclusión, sino también por disminuir el número de personas que se encuentran privadas de la libertad». De hecho, fue el haberse concentrado «de manera excesiva» en la construcción de nuevos centros de reclusión uno de los problemas que destacó la Corte como causa de la actual crisis carcelaria (y del que la Corte participó en su Sentencia T-153 de 1998²⁷⁵).

4.2.1. Una nueva política criminal

Para la Corte la discusión sobre la situación de las cárceles y penitenciarías en Colombia debía superar el análisis restringido del hacinamiento y de la ampliación de cupos, para concentrarse en los elementos de la política criminal que hacían posible las crisis cíclicas del sistema. El recurso excesivo al derecho

²⁷⁵ Este hecho es reconocido incluso por quienes han defendido la actuación de la Corte en materia penitenciaria. Al respecto dicen Jaramillo, Uprimny y Guarnizo: «la influencia de la Corte en las cárceles colombianas se ha llevado a cabo a través de decisiones, especialmente de tutela, que buscan incidir en la vida cotidiana de las prisiones y en el hacinamiento carcelario, no tanto por la vía de reducir la demanda, sino más bien, obligando al aumento de la oferta en cupos penitenciarios y buscando una mejoría de la vida interna de los centros de privación de la libertad» (2006: 143).

penal (que desconoce su carácter de *ultima ratio*), el uso indiscriminado de la prisión preventiva (que atenta contra el principio *pro libertatis*), el desconocimiento del fin resocializador de la pena y la total desatención a la posibilidad de aplicar mecanismos de justicia restaurativa, son algunas de las principales fallas que identifica la Corte en la política criminal trazada por las autoridades colombianas.

En opinión del alto tribunal, de continuarse con una política criminal como la existente en Colombia no sería posible crear un sistema carcelario y penitenciario sostenible. Era pues necesaria una nueva política criminal que respetara los derechos consagrados en la Constitución y que tuviera una base empírica sólida, además de tomar en cuenta los efectos de las decisiones en cada uno de los pasos del establecimiento de dicha política²⁷⁶.

La insistencia de la Corte en superar la visión restringida del problema carcelario como un problema de hacinamiento y de cupos en los centros de reclusión, estaba dirigida a exigir una visión más amplia, que tuviera también en cuenta las diferentes formas de criminalización y que fuera consciente de los efectos que la creación de nuevos tipos penales y el endurecimiento de las penas traía al final de la cadena, cuando dichas penas debían ser redimidas.

²⁷⁶ Para la Corte, siguiendo los lineamientos ofrecidos por el informe de la Comisión Asesora de Política Criminal (2012), para abordar correctamente el problema era necesario tener en cuenta no sólo la etapa de *criminalización terciaria*, es decir, la ejecución y cumplimiento de la pena, sino también las etapas anteriores, la definición de las conductas punibles (*criminalización primaria*) y «su implementación judicial y procesal» (*criminalización secundaria*) (Sentencia T-388 de 2013: 10.1.3).

Algunos autores, como Jaramillo, Uprimny y Guarnizo, han insistido en que «si bien es cierto que la Corte está obligada a velar por la protección de los derechos de los reclusos, no es menos cierto que no está dentro de su esfera de acción la posibilidad de fijar la política penal o carcelaria, pues ello implicaría una injerencia excesiva en ámbitos que han sido reservados al legislador» (2006: 154). Según esta posición, la Corte en su Sentencia T-388 de 2013 habría sobrepasado los límites impuestos por la Constitución. Las órdenes expedidas en dicha sentencia, entre las que se cuenta la creación de límites al ingreso de nuevos internos y el establecimiento de parámetros para una nueva política criminal, significarían una «injerencia excesiva».

Parece, sin embargo, que los autores caerían en una contradicción. La solución defendida por Jaramillo, Uprimny y Guarnizo (la creación de nuevos cupos, como se hizo en la T-153 de 1998) es ya una intervención en la política penal y carcelaria, además de una injerencia en la política criminal. La Corte, si desea actuar de alguna manera, no tiene más opción que intervenir en la política criminal, ya sea pidiendo al legislador que siga algunas pautas al momento de definir los comportamientos que han de ser considerados delito, ya sea exigiendo la construcción de nuevas cárceles, restringiendo el ingreso de nuevos internos o, incluso, ordenando la liberación de algunos de ellos²⁷⁷.

Es aún más difícil afirmar que cualquier tipo de medida que busque reducir el uso de la prisión como mecanismo de control social es una injerencia excesiva, en particular si tenemos en cuenta el grupo afectado y las condiciones

²⁷⁷ Esta última posición es la defendida por Ariza, para quien la Corte debió haber ordenado la excarcelación de «delincuentes menores» y algunos sindicados (que para el momento superaban el 40% de la población carcelaria) (Ariza, 2005: 315). A esta propuesta es a la que dirigen sus ataques Jaramillo, Uprimny y Guarnizo.

en las que vive. Debemos recordar que quienes piden la protección de sus derechos fundamentales son personas que han sido privadas de la libertad y desprovistas de sus derechos políticos, que pertenecen a los sectores más pobres de la sociedad y que carecen (en su gran mayoría) de una educación básica, personas que han sido reclusas en establecimientos insalubres (más del 30% sin estar condenados), en donde viven hacinados, muchos de ellos durmiendo a la intemperie y bajo la carencia de los más mínimos recursos, sometidos a la violencia del Estado y de los mismos internos y que no tienen posibilidad alguna de resocialización. Ante estas condiciones el actuar de la Corte no puede ser considerado excesivo (si acaso podemos decir lo contrario) y es difícil criticarlo desde un punto de vista democrático.

4.2.2. Decisión de la Corte

En esta ocasión, ante la situación de hacinamiento y violaciones masivas de derechos fundamentales, la Corte tomó una serie de medidas encaminadas a superar el *estado de cosas inconstitucional*. En primer lugar, ordenó al Gobierno Nacional la creación de una política criminal sensible a la dignidad humana y a los derechos fundamentales establecidos en la constitución. Esto implicaba la elaboración de una política pública «escrita, que garantice progresiva y sosteniblemente, el goce efectivo» de los derechos constitucionales, requisitos todos encaminados a evitar las crisis cíclicas del sistema carcelario y penitenciario.

En segundo lugar, ordenó que se aplicara la *regla del equilibrio decreciente*, la cual limita el número de ingresos en los centros con mayores problemas de

hacinamiento²⁷⁸, previniendo al Gobierno de que, en caso de no solucionarse los problemas evidenciados en el proceso, podría llegar a ordenarse el cierre de algunos centros²⁷⁹.

Al igual que en otras ocasiones en las que la Corte se ocupa de casos estructurales, el alto tribunal hizo un esfuerzo por dejar un margen de actuación amplio a las diferentes entidades encargadas de diseñar e implementar las políticas necesarias para superar los problemas estudiados en la sentencia. De esta manera, la Corte consideró necesaria la adopción de remedios débiles, como lo había hecho en otros casos estudiados en este capítulo (Sentencia T-025 de 2004 y Sentencia T-760 de 2008)²⁸⁰, declarando que

²⁷⁸ Según esta regla «sólo se podrá autorizar el ingreso de personas al centro de reclusión si y sólo si (i) el número de personas que ingresan es igual o menor al número de personas que salgan del establecimiento de reclusión, durante la semana anterior [...], y (ii) el número de personas del establecimiento ha ido disminuyendo constantemente, de acuerdo con las expectativas y las proyecciones esperadas» (Sentencia T-388 de 2013: 9.1.4.2.1). Una vez logrado el equilibrio entre personas internas y cupos disponibles, se pasaría del *equilibrio decreciente* al *equilibrio*, lo que significaría que se debe mantener una correspondencia entre las personas que ingresan y las que salen.

²⁷⁹ Así, en el caso de la Cárcel Modelo de Bogotá, dijo la Corte: «si dentro de tres años contados a partir de la notificación de la presente sentencia, no se han adoptado las medidas adecuadas y necesarias que adecuen la Cárcel Modelo de Bogotá para que deje de ser estructuralmente, en su diseño y en su funcionamiento, contraria a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, la Cárcel deberá ser cerrada definitivamente» (Sentencia T-388 de 2013).

²⁸⁰ Este es un compromiso asumido de manera expresa por la Corte Constitucional en su Sentencia T-388 al decir que «no se impartirán órdenes concretas y específicas, pues

se abstendría «de establecer y precisar cuestiones que deben obtener respuesta en la deliberación democrática, fundada en la mejor evidencia que se pueda obtener» (Sentencia T-388 de 2013: 10.1.1.).

Es así que al momento de ordenar la creación de una política criminal acorde con los derechos constitucionales y fundada en criterios científicos, la Corte no estableció de manera estricta los contenidos de dicha política, sino que encargó a las instituciones responsables fijar las medidas que consideraran adecuadas.

Esta actitud, que sin duda es una buena muestra de la disposición de la Corte a establecer diálogos institucionales con las demás ramas del poder público, se ve opacada por la decisión de no iniciar un proceso de seguimiento como el que se dio en las sentencias T-025 y T-760, por considerar que en esta ocasión «muchas de estas acciones [las medidas consideradas por la Corte como necesarias] han ocurrido durante el trámite judicial»²⁸¹.

se reconoce la legitimidad que proviene de la deliberación democrática o de las capacidades técnicas, según sea el caso» (Sentencia T-388 de 2013: 10.1.1.).

²⁸¹ No deja de extrañar esta posición de la Corte, teniendo en cuenta que la situación de hacinamiento no parece de haber dejado de empeorar, según informan los medios (Ver «Hacinamiento en la cárcel Bellavista es del 160%», <http://www.elcolombiano.com/hacinamiento-en-la-carcel-bellavista-es-del-160-YL2692212>; «Persiste hacinamiento en la cárcel modelo de Cúcuta», <http://www.caracol.com.co/noticias/regionales/persiste-hacinamiento-en-la-carcel-modelo-de-cucuta/20150809/nota/2886344.aspx>, fecha de consulta: 15 de octubre de 2015). Y todo esto mientras la Corte acepta (en la misma sentencia) que «[n]o existe evidencia clara de que los planes y programas diseñados o que las reformas legales se hayan implementado efectivamente» y que «el problema de Colombia no ha sido de falta de normas», sino que «[l]os problemas más graves del Sistema penitenciario y

Por último, la Corte ordenó abrir espacios de participación en todos aquellos procesos destinados a establecer las «medidas a corto y mediano plazo» encaminadas a cumplir con las órdenes dictadas en la sentencia. En estos procesos participativos deberían tener presencia «[t]anto la población carcelaria, como sus familiares, allegados y las organizaciones sociales y ciudadanas cuyo objeto sea trabajar con la población carcelaria, o políticas criminales, públicas o privadas». Aquí, de nuevo, a pesar de la buena intención de la Corte de abrir espacios deliberativos, el hecho de no establecer procesos de seguimiento similares a los implementados en las citadas T-025 y T-760, hace bastante dudoso que estos mecanismos de participación lleguen a tener lugar²⁸².

carcelario justamente han estado en los procesos de implementación y en la obtención de resultados». Si esto es así, no quedan para nada claras las razones por las cuales en este caso no deben adoptarse las medidas de seguimiento establecidas en las sentencias T-025 y T-760.

Se suma a esto que muchas de las medidas que han venido implementando tanto el Gobierno, como el Congreso, están lejos de tomarse en serio las exigencias de la Corte de crear una política criminal centrada en el principio de dignidad humana y en el fin resocializador de la pena. La Ley 1709 de 2014, que pretendía ser un eslabón fundamental en la creación de una política que permitiera aliviar la crisis del sistema carcelario, no ha terminado por ser más que, en palabras de la Corporación Excelencia en la Justicia, «una reforma coyuntural que no considera problemas de tipo estructural ni se articula como una política pública real de reinserción de los reclusos o con el restablecimiento de su tejido social» (2015: 126).

²⁸² Aquí cabría la crítica elevada por Sheppard (2013) al por ella llamado *giro procedimental* (*procedural turn*). Los derechos procedimentales (en este caso, las medidas destinadas a abrir procesos de participación) pueden llegar a tenerse por sustitutos de los derechos sustantivos (violados por las condiciones de reclusión en las

4.2.3. Un «estándar de constitucionalidad mínimo para una política criminal respetuosa de los derechos humanos».

La falta de implementación de mecanismos de seguimiento tuvo el esperado efecto de que las órdenes de la Corte Constitucional fueran desatendidas. Como resultado, para el año 2015 el índice de hacinamiento carcelario llegaba al 54,5%²⁸³ y, después de un descenso en 2014, la población carcelaria superaba ya la de 2013 con 120.444 presos (INPEC, 2016: 23).

Ante esta situación, la Corte expidió una nueva sentencia (Sentencia T-762 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) en la cual reiteró la existencia del *estado de cosas inconstitucional* declarado en la Sentencia T-388 de 2013. A través de esta sentencia, además de corroborar, como en las anteriores, la violación masiva de derechos fundamentales de los presos en el sistema carcelario colombiano, dictó la Corte la orden de adoptar un «estándar de constitucionalidad mínimo para una política criminal respetuosa de los derechos humanos». Este *estándar constitucional mínimo* sigue los lineamientos de la Sentencia T-388 de 2013 y

cárceles colombianas), permitiendo que se difieran las medidas que puedan de manera efectiva hacer respetar los derechos constitucionales. Los mecanismos de seguimiento, si bien son más invasivos que las órdenes abiertas sin control posterior de la Corte, buscan precisamente dejar un espacio para la participación, así como para el respeto de las funciones constitucionales de las diferentes instituciones, a la vez que garantizan que estas soluciones procedimentales no lleven a la desatención de los derechos constitucionales de los afectados.

²⁸³ Según los cálculos elaborados por el Instituto Nacional Penitenciario (INPEC, 2016: 23), en el 2014 hubo, en efecto, una reducción del hacinamiento carcelario que pasó del 57,8% en 2013 al 45,9% en 2014. Esta reducción se debió tanto al aumento de cupos carcelarios (más de 1.500) como a la reducción de la población carcelaria (paso de 120.032 a 113.623 presos).

establece criterios para la elaboración de una política criminal acorde con los derechos garantizados por la constitución. Estas exigencias consisten en la obligación de elaborar una política criminal de carácter preventivo, respetuosa del principio de libertad personal, que haga posible la efectiva resocialización de los condenados, proteja los derechos humanos de los presos y sea coherente, sustentada en elementos empíricos y económicamente sostenible.

En esta ocasión, y a pesar de la clara violación de las órdenes proferidas en la Sentencia T-388, la Corte se negó a abrir los espacios de participación y monitoreo consistente en las audiencias públicas. Optó, como alternativa, por *delegar* el seguimiento del cumplimiento de la superación del ECI a la Defensoría del Pueblo. Debido al poco tiempo que ha transcurrido desde que se pronunciara el fallo, es difícil saber cuál será el efecto de esta nueva sentencia y del nuevo mecanismo de seguimiento adoptado. Sin embargo, dada la experiencia de fallos anteriores es difícil esperar que en esta ocasión se pueda dar un proceso con el grado de apertura deliberativa y eficacia de otros fallos que buscaban afrontar problemas estructurales.

Conclusión

Es difícil negar que la Corte fue tímida al momento de proteger los derechos de los presos. Las medidas tomadas condenan a la población carcelaria actual a habitar las cárceles tal como están y a sufrir de manera continua la violación de los derechos constitucionales que la Corte está llamada a proteger. En este sentido, no deja de tener sentido la crítica elevada por Ariza, para quien la Corte sacrifica los derechos de los presos actuales para proteger el sentimiento de seguridad de los ciudadanos libres, con la esperanza de que, en un futuro, las cárceles cumplan por fin con el ideal de ser lugares de resocialización («los

presos de hoy sacrificados por la modernización futura de su panóptico», Ariza, 2005: 313)²⁸⁴.

²⁸⁴ Para la Corte, «[e]l derecho de las víctimas, el derecho al debido proceso, al derecho a vivir en un orden justo, el derecho de las personas a que se condene y prevenga la comisión de delitos o el respeto a las decisiones judiciales de los jueces de constitucionalidad» (T-388) debe entrar en ponderación con los derechos vulnerados a los presos y, como resultado de esta ponderación, concluye la Corte que los presos «tiene[n] derecho a se tomen medidas inmediatas para evitar que la grave y extrema situación continúe» y que se asegure «la realización progresiva de la totalidad de las facetas prestacionales que contemplan los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad», pero que de ninguna manera se podría entender que de la grave violación de derechos que significa mantener a una persona privada de la libertad en un centro carcelario o penitenciario colombiano, se derive «un derecho subjetivo inmediato a ser excarcelado». Lo que sí acepta la Corte es que la gravedad de la situación puede llevar a que sea exigible la excarcelación, «incluso de forma masiva», pues «[c]uando un sistema penitenciario y carcelario está sobrecargado» (lo que conduce a la vulneración de un gran número de derechos constitucionales y en particular al principio de dignidad humana) se puede dar el caso de que «algunas personas [tengan] derecho a ser liberadas», mientras que otras tengan derecho a que las condiciones de reclusión sean dignas (lo que se podría lograr con la liberación de una porción de la población interna actual). Esto implica que el derecho que asiste a los presos es a que «se diseñen e implementen políticas criminales y carcelarias favorables a la libertad y sostenibles en el tiempo –entre otras características mínimas–, que pueden implicar, según sea el caso, el derecho a que la persona pueda ser excarcelada o a que se excarcelen a muchas de las personas que se encuentran también privadas de la libertad, para poder dar el espacio digno y suficiente a las personas que es justo que permanezcan en prisión».

Sin embargo, no se puede negar que ha habido avances entre 1998 y 2013. La Corte ha ido fijando su atención de manera progresiva en la política criminal como un todo y no sólo en la política penitenciaria, lo que le ha permitido introducir en sus decisiones la necesidad de fijar criterios no sólo para disminuir el hacinamiento, sino también el uso indiscriminado de la pena de restricción de la libertad. Es pronto para saber si esto traerá los resultados esperados²⁸⁵, pero no deja de ser positiva la constante atención que ha puesto la Corte en las graves violaciones de derechos humanos que se presentan en las cárceles colombianas y es definitivamente un progreso el que se abra y

²⁸⁵ Debido a que la sentencia sólo fue dada a conocer el marzo de 2015 (a pesar de haber sido expedida en julio de 2013), es difícil determinar cuáles serán los efectos de la sentencia. Es claro que el Gobierno tenía conocimiento de la misma -como lo demuestra el *Resumen de avances en el sistema penitenciario y carcelario* (al parecer presentado en 2014, disponible en: <http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/RESUMEN%20DE%20AVANCES%20EN%20EL%20SISTEMA%20PENITENCIARIO%20Y%20CARCELARIO.pdf>, fecha de consulta: 15 de octubre de 2015)- y se ha iniciado una labor de apertura de foros para discutir la sentencia y las medidas adecuadas para superar el estado de cosas inconstitucional. En septiembre de 2015 se realizó el evento «Nuevo Estado de Cosas Inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario», organizado por el Ministerio de Justicia y que tenía por objetivo «dar a conocer la sentencia T-388 de 2013 de la Corte Constitucional, los avances del Estado en materia de política penitenciaria, los diagnósticos del sistema y los retos que existen para el cumplimiento de la decisión del alto tribunal» (disponible en: <http://www.minjusticia.gov.co/Noticias/TabId/157/ArtMID/1271/ArticleID/978/En-foro-promovido-por-Minjusticia-ciudadanos-podr%C3%A1n-hacer-propuestas-para-mejorar-el-sistema-penitenciario-y-carcelario.aspx>, fecha de consulta: 15 de octubre de 2015).

profundice el debate sobre el crecimiento vertiginoso de la población interna en Colombia.

Incluso si aceptamos las críticas hechas por Ariza, debemos igual aceptar (como lo hace el autor) que la existencia de controles judiciales como los llevados a cabo por la Corte Constitucional, representa un avance sobre la carencia de cualquier control (Ariza, 2011: 86). La Corte, a pesar de las críticas que se puedan hacer a su labor, se ha convertido en una instancia a la cual los presos han podido recurrir y ha permitido debatir sobre las indignas condiciones en que son reclusos en las cárceles colombianas.

A pesar de lo limitado del alcance de la sentencia y de que no es todavía clara la medida en que las órdenes dadas por la Corte logren dar inicio a un proceso que permita superar las violaciones masivas de derechos fundamentales en las cárceles colombianas, no se puede negar el valor de las actuaciones de la Corte y de la tarea que se ha arrogado el alto tribunal (no sólo en este conflicto) de «asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos» (Sentencia T-153 de 1998). Es decir, de convertirse en una institución clave al momento de abrir la discusión democrática a voces que se han mantenido tradicionalmente ausentes del debate público.

Capítulo VI. La justicia constitucional en el contexto colombiano: un análisis final sobre la legitimidad del control de constitucionalidad

Luego de haber estudiado la labor desempeñada por la Corte en la protección de los derechos de diferentes grupos (minorías étnicas, excluidos del sistema de salud, desplazados y presos), es posible dar luz sobre los dos aspectos principales que deben caracterizar a una justicia constitucional que pueda ser considerada democrática. El primer elemento a destacar es la manera en que la Corte ha llegado a comprender su misma función. Una parte de su jurisprudencia, en particular en aquellos fallos que han revestido mayor importancia (como los trabajados en el **Capítulo V**), ha supuesto un esfuerzo por proteger los derechos de aquellas personas y grupos que han sido tradicionalmente excluidos del sistema político, ya sea porque han sufrido una historia de discriminación por parte de los grupos con mayor poder, ya sea porque los mecanismos de participación política no se presentan como una opción real de cambio para ellos.

El segundo elemento a destacar, es el hecho de que la Corte ha ido poco a poco desarrollando una línea jurisprudencial en la que asume que su tarea de control de constitucionalidad debe ser llevada a cabo de una forma *dialogica*. Esto implica que la Corte concibe su propio actuar no como un *límite* a la acción de las mayorías, sino que entiende la justicia constitucional como una pieza más del conjunto de instituciones involucradas en la constitución del gobierno democrático. Concebir su función de esta manera colaborativa y democrática tiene consecuencias desde diversos puntos de vista. Dado que no sólo la Corte, sino los demás poderes públicos (la administración pública, las instituciones representativas y las instituciones de control), se encuentran embarcadas en la

tarea de hacer posible un gobierno de personas libres e iguales, es decir, el establecimiento de una democracia constitucional, la Corte debe mostrar respeto por el papel que les corresponde a estas instituciones en el proceso de creación de la voluntad común. Para ello, la protección de los derechos constitucionales (que buscan precisamente hacer posible la realización de la autonomía pública y privada) debe hacerse de una manera tal que busque la apertura de diálogos con los demás poderes, a través de los cuales pueda darse un intercambio de razones y argumentos que enriquezcan la decisión final. Pero la apertura al diálogo, para ser realmente democrática, no debe reducirse a un diálogo interinstitucional. Tanto la Corte, como los demás poderes, deben abrirse a la participación de la sociedad civil, habilitando espacios en los cuales sean escuchadas las voces de aquellos afectados por las decisiones y que esta participación sea tomada en cuenta en la decisión final.

Teniendo en cuenta estos elementos pasaremos a analizar de manera breve los dos aspectos mencionados y la forma en que ellos se ven reflejados en los procesos estudiados.

1. *Debilidad de los procedimientos representativos*

El estudio de la legitimidad del control de constitucionalidad en un determinado contexto depende de diversos elementos. Como pudimos estudiar en el apartado 3. del **Capítulo III**, esto implica evaluar las circunstancias en que opera la justicia constitucional y los procedimientos democrático-representativos. Como afirmamos en este apartado, la justicia constitucional se puede considerar legitimada si concibe su actuar de una cierta manera, previa consideración de que los procedimientos mayoritarios se muestren incapaces (como ocurre en muchos casos) de incluir a todos los miembros de la comunidad política.

El estudio de los casos vistos en el **Capítulo V**, además de mostrar la manera en que ha operado la justicia constitucional en Colombia (y sus posibles virtudes y defectos) son también una muestra palpable de las graves fallas del sistema representativo colombiano. Por esta razón, antes de evaluar el desempeño del control de constitucionalidad en Colombia dedicaremos este primer apartado a dos cuestiones. La primera (apartado 1.1.) se ocupa de algo que se puede deducir de lo expuesto en el **Capítulo III**, pero que conviene hacer explícito antes de analizar el caso concreto: el lugar privilegiado que, en principio, gozan los procedimientos representativos en los sistemas democráticos. La segunda (apartado 1.2.), consiste en mostrar algunos de los problemas que afectan al sistema representativo colombiano y que hacen pensar, en principio, que la justicia constitucional puede jugar un papel importante en la apertura del sistema democrático.

1.1. Prevalencia de los procedimientos mayoritarios

Tanto la justicia constitucional como los procedimientos democrático-representativos puede tener, según se estudió en el **Capítulo III**, un valor

instrumental relacionado con su capacidad de proteger o realizar los derechos sustantivos o de participación protegidos por la constitución. Existe, sin embargo, algo especial en lo que se refiere a los procedimientos democrático-representativos. Estos, en principio, tienen el doble fin de proteger y realizar tanto los derechos sustantivos como los derechos de igual participación²⁸⁶. Esta condición hace que los procedimientos mayoritarios sean más fácilmente justificables²⁸⁷.

²⁸⁶ En palabras de Dworkin, las asambleas legislativas son también «guardianes de los principios» (1996a: 31). Este es en parte el argumento esgrimido por Waldron en contra de la justicia constitucional en *The dignity of legislation* (1999b), *Judges as moral reasoners* (2009a) o *Representative Lawmaking* (2009c), en donde defiende que el carácter mayoritario de los parlamentos es una de las mejores garantías para la defensa de los derechos. Este valor instrumental de los procedimientos mayoritarios relativo a la calidad de las respuestas ha sido el fundamento de la defensa de la democracia en las teorías liberales tradicionales. Así puede verse en Constant o Berlin, para quienes la libertad política es valiosa en tanto que garantía de la –en palabras de Constant– «verdadera libertad moderna» (Constant, 1988 [1819]: 86) y que los derechos políticos son valorados «como medios para proteger lo que ellos [los liberales] consideran como un valor último, es decir, la libertad individual –“negativa”-» (Berlin, 2002b: 211). Esta posición es criticada en el conocido escrito de juventud de Marx, *Sobre la cuestión judía*, en donde precisamente se condenaba la declaración de «la vida política [...] como un simple *medio* cuyo fin es la vida de la sociedad burguesa» (Marx, 2008 [1843]: 193).

²⁸⁷ Ver Bayón (2004: 130). Algo similar sugiere Aileen Kavanagh al afirmar que «en democracia, hay una presunción a favor de los mecanismos participativos de decisión política, lo que transfiere a los mecanismos de decisión no participativos (como la revisión constitucional) la carga de justificación» (2009: 374). Sin embargo, Kavanagh no logra explicar el porqué de esta presunción a favor de los mecanismos participativos, que se deriva precisamente de la capacidad que tienen tanto de realizar

Si además tenemos en cuenta que tanto los procedimientos mayoritarios como constitucionales se establecen para tomar decisiones, debemos también reconocer que tanto unos como otros pueden tener efectos negativos en lo que se refiere a la protección de los derechos constitucionales. Los *iusconstitucionalistas* argumentan frecuentemente que a través de los procedimientos mayoritarios (dado que son el ejercicio de derechos-poder), se pueden afectar los derechos fundamentales (ver **Capítulo I**). Este hecho, sin embargo, no significa una ventaja automática en la valoración de los mecanismos constitucionales pues, en primer lugar, dicha posibilidad es cierta cuando hablamos de *cualquier* mecanismo de decisión, sea constitucional o mayoritario, y no es una característica exclusiva de los últimos²⁸⁸.

el derecho de participación como los derechos fundamentales. Esta doble capacidad es expresada por Iris M. Young como el doble valor (instrumental e intrínseco) de la democracia. Instrumental, pues los procedimientos democráticos «son la mejor manera de que los ciudadanos se aseguren de que sus propias necesidades e intereses serán tenidos en cuenta y no serán dominados por otros intereses»; intrínseco, pues «tener y ejercer la oportunidad de participar en la elaboración de las decisiones colectivas que afectan nuestras acciones o las condiciones de nuestras acciones, fomenta el desarrollo de las capacidades de pensar acerca de las propias necesidades y la forma en que se relacionan con las necesidades de otros» (Young, 1990: 92).

²⁸⁸ Que todo procedimiento de toma de decisiones puede ir en contra de una determinada visión de los derechos es parte constitutiva de la crítica procedimentalista, tal como se vio en el **Capítulo II** y es una de las razones que hacen necesaria una teoría de la autoridad como algo separado de las teorías sobre la justicia. El reconocimiento de una «posibilidad de error simétrica» de representantes y jueces es aceptada por *iusconstitucionalistas* como Dworkin (1996a: 32-33).

La situación de privilegio en que se encuentran los procedimientos mayoritarios hace que la defensa del control de constitucionalidad, si bien posible, sea exigente. Dicha defensa dependerá, de un lado, de la manera en que los mecanismos mayoritarios (la democracia representativa) logre realizar el principio de igual participación y, de otro, de la forma en que se establezcan los mismos procedimientos constitucionales.

1.2. Fallas de la representación

Con diferentes sistemas electorales y en diferentes situaciones políticas y sociales los sistemas de representación pueden presentar distintas fallas que reducen el valor instrumental de los procedimientos mayoritarios. En sistemas como el colombiano o el norteamericano, la llamada *pork barrel politics* (intercambio político) genera graves distorsiones a la representación al permitir que la agenda del ejecutivo sea impuesta a los representantes del pueblo a través del *acceso* de estos últimos a recursos destinados al gasto público en sus circunscripciones²⁸⁹.

Esta situación se ve agravada cuando los destinatarios de los recursos públicos son comunidades con necesidades básicas insatisfechas (carencia de agua, luz eléctrica o servicios básicos de salud), casos en los cuales los votantes no tienen más opción que elegir a aquel candidato que (por su cercanía al ejecutivo nacional) mejor acceso tenga a los recursos públicos, aun cuando no

²⁸⁹ Tal como lo definen Mejía Guinand, Botero y Rodríguez Raga: «El término *pork barrel* hace referencia al tipo de negociaciones, ya sean individuales o por colectividades políticas, entre el Ejecutivo y el Legislativo, en donde el Ejecutivo otorga recursos del Estado a cambio de respaldo legislativo para sus proyectos en el Congreso» (2008: 18).

compartan las políticas nacionales del partido al que pertenece el candidato o rechacen la línea política que representa²⁹⁰.

Se suma a lo anterior las formas de interacción existentes entre ejecutivo y legislativo. Como muestran algunos estudios sobre el poder de los parlamentos en Latinoamérica, es común encontrar en muchos países de la región que las asambleas legislativas están dominadas por el ejecutivo, viéndose en gran medida limitada su función representativa y, por tanto, su valor como lugar de participación democrática²⁹¹.

Otra *falla* presente en sociedades sumamente desiguales, es el poco peso que tienen los grupos más vulnerables de la población en los órganos representativos. En las últimas elecciones legislativas, según los datos disponibles en la página web de la Registraduría Nacional del Estado Civil de la República de Colombia, la abstención superó el 56% del censo electoral y, del total de votos emitidos, más del 10% fueron nulos ²⁹². Esta masa de

²⁹⁰ En el mencionado estudio de Mejía Guinand, Botero y Rodríguez Raga (2008) se muestra, con base empírica, cómo el gobierno nacional lograba alinear a los gobernantes locales a través de la destinación directa de recursos públicos.

²⁹¹ Cox y Morgenstern afirman que es característico de la región que los parlamentos cumplan una función reactiva (al modificar o vetar propuestas del ejecutivo), mientras el ejecutivo cumple una función proactiva (Cox y Morgenstern, 2001). García Montero, por su parte, considera que, en un número importante de sistemas presidenciales latinoamericanos, hay ejecutivos *dominantes* o *preponderantes* (2009: cap. 3).

²⁹² Los votos marcados por lista o partido llegaron al 76,34% del total de votos emitidos, esto quiere decir que la configuración del congreso colombiano para el período 2014-2018 se determinó por el voto de 33.27% del potencial de sufragantes (el voto de 10.925.592 personas de un potencial de 32.835.856). Fuente de los datos:

abstencionistas está formada en gran parte por aquellas personas que se encuentran en condiciones de pobreza²⁹³ y para quienes el ejercicio del derecho al voto resulta particularmente oneroso²⁹⁴. Incluso si dejamos por fuera este hecho, contar con una abstención que supere elección tras elección el 50% de

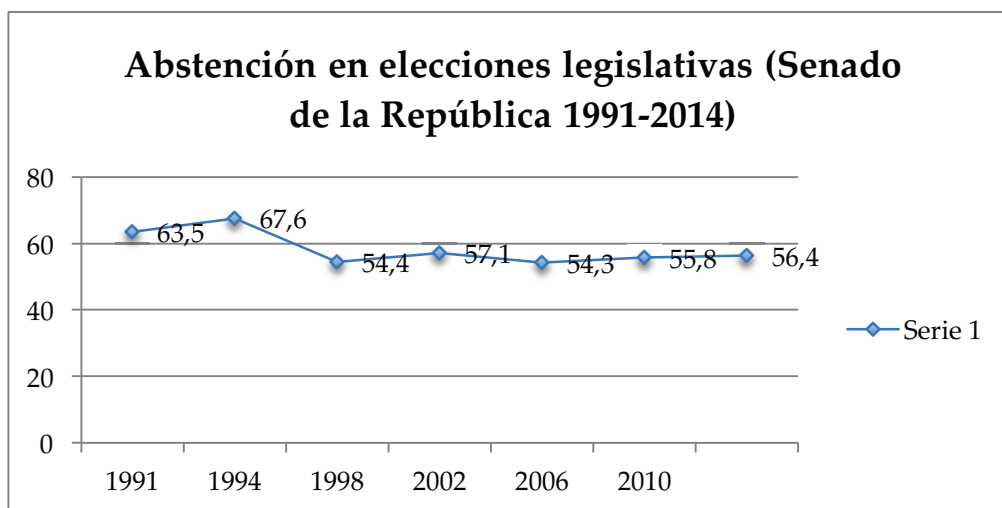
<http://www3.registraduria.gov.co/congreso2014/preconteo/99SE/DSE9999999 L2.htm>

(fecha de consulta: 11 de noviembre de 2014).

²⁹³ Jeff King afirma que la existencia de estos grupos marginados, en especial de los pobres, hace que la objeción democrática defendida por Waldron y Bellamy pierda fuerza pues, además de las razones relacionadas con la falta de empatía e información de las mayorías, así como la falta de influencia de las minorías, «la evidencia también muestra que la pobreza y el nivel de ingresos están conectados con el declive de los niveles de compromiso ciudadano, dentro de lo que se incluye el ejercicio del voto y otras formas de participación social» (2012: 168).

²⁹⁴ Esto se puede ver en la población urbana colombiana. Según datos de la firma encuestadora Cifras&Conceptos la abstención entre aquellas personas que han finalizado sólo la educación secundaria es un 8% superior a la abstención entre quienes tienen un título universitario. La diferencia crece hasta un 18% si comparamos a quienes tienen título universitario y aquellos que no finalizaron la educación primaria (http://www.cifrasyconceptos.com/images/descargas/polimetrica/Polimetrica_resultadosEvaluacin_21072014.pdf) (fecha de consulta: 11 de noviembre de 2014). En cuanto a la población rural y los municipios más pobres, es interesante ver cómo en los 100 municipios más pobres del país (según el Índice de Pobreza Multidimensional –PMI-) la abstención en la primera vuelta de las elecciones presidenciales de 2014 fue superior a la media nacional (en casos como los de Uribe, con un porcentaje de pobreza del 97,63%, la abstención llegó al 91,98%, 32 puntos por encima del promedio nacional - 59,9%-). Ver: *Los 100 municipios más pobre de Colombia* (en: <http://lasillavacia.com/historia/santos-gano-con-el-voto-de-los-mas-pobres-47673>, fecha de consulta: 11 de noviembre de 2014).

posibles votantes es una muestra de la debilidad que presentan los mecanismos mayoritarios para dar cauce a la participación (**Cuadro 1**)²⁹⁵.



Cuadro 1²⁹⁶

Por último, debemos tener en cuenta que hay grupos que la misma ley excluye de la participación política. Es el caso de los presos y los inmigrantes, para quienes los mecanismos representativos están cerrados y una de las pocas opciones que tienen de recurrir a mecanismos institucionales es la justicia constitucional²⁹⁷.

²⁹⁵ Si vemos las elecciones legislativas contadas desde 1991, la abstención ha estado en todas las ocasiones (a excepción de las elecciones de 2002) por encima del 50%.

²⁹⁶ Los datos de participación en las elecciones legislativas entre los años 1991 y 2002 aparecen en Nohlen, 2005. Los datos de las elecciones legislativas de 2006, 2010 y 2014 se encuentran disponibles en la página de la Registraduría Nacional del Estado Civil (<http://www.registraduria.gov.co/-Historico-de-Resultados-.html>) (fecha de consulta: 11 de noviembre de 2014).

²⁹⁷ Para una perspectiva teórica, ver Goldoni (2013) y Benton, (2010).

Estos ejemplos no agotan de ninguna manera los diferentes casos en los cuales se puede ver reducido el valor instrumental de los procesos mayoritarios, pero sí nos sirven para ilustrar cómo al asimilar la participación política a los mecanismos representativos se está suponiendo un valor que no necesariamente se da en todos los casos o que, dándose, no es tan intenso como se podría suponer en un principio. Estas variaciones en el valor instrumental de los procedimientos son importantes si se asume que la justificación del control de constitucionalidad depende del contexto en el cual dicha institución se ubique. En sistemas en el que las fallas de la representación son especialmente intensas, es más difícil argumentar en contra de la justicia constitucional si ésta demuestra ser una herramienta eficaz para la protección de los derechos fundamentales²⁹⁸.

²⁹⁸ También se ve debilitado uno de los principales argumentos de Waldron, según el cual los mecanismos mayoritarios serían los más indicados para sustanciar los desacuerdos. Si las instituciones representativas tienen graves fallos que les impiden en gran medida representar las diferentes posiciones acerca de la justicia o los diversos intereses existentes en la sociedad, no quedaría claro por qué debemos negar como legítimo un procedimiento a través del cual tienen acceso sectores marginados del proceso político-legislativo. Ver King (2012: 152-188) y el **Capítulo III** de la presente tesis.

2. *Constitucionalismo dialógico y la protección de los grupos marginalizados*

Las *fallas* que presenta el sistema representativo colombiano²⁹⁹ son un elemento importante al momento de estudiar la justificación del control de constitucionalidad, pues estos problemas muestran que el valor instrumental de los procedimientos democrático-representativos puede verse disminuido en un grado considerable en contextos de una grave y generalizada desprotección de derechos constitucionales.

El otro elemento fundamental para completar el análisis consiste en el estudio de la forma en que la Corte ha desempeñado su papel como juez constitucional. Este estudio se llevó a cabo en el **Capítulo V**, razón por la cual pasaremos a analizar en este apartado la forma en que la Corte Constitucional cumplió las dos funciones que, según vimos en el **Capítulo III**, debe desempeñar la justicia constitucional para poder considerarse su actuar como un aporte al proceso democrático: la protección de los derechos de aquellas personas que pertenecen a grupos excluidos de la comunidad política y la realización de esta tarea a través de procedimientos abiertos al diálogo democrático.

2.1. Efectos de las sentencias

²⁹⁹ Las *fallas* de la representación tratadas en el apartado anterior, así como los problemas que enfrentó la Corte Constitucional en los casos estudiados en el **Capítulo V**, no buscan más que ilustrar los problemas que enfrenta el sistema político colombiano y no pretende ser este un análisis exhaustivo del mismo (estudio que claramente excedería los límites de la presente investigación).

Para estudiar la manera en que el control ejercido por la Corte puede ser entendido como un aporte al gobierno democrático, recurriremos a la distinción que Rodríguez Garavito hace entre los diferentes tipos de efectos que pueden tener los fallos constitucionales. En primer lugar, podemos hablar de *efectos directos* de las sentencias constitucionales, los cuales consisten en «las conductas ordenadas por el fallo y que afectan a los actores del caso, ya sean los litigantes, los beneficiarios o los destinatarios de las órdenes» (Rodríguez Garavito, 2011: 1679). En segundo lugar, podemos hablar de los *efectos indirectos*, que consisten en «toda clase de consecuencias que, sin estar estipuladas en las órdenes judiciales, se derivan de la sentencia y afectan no sólo a los actores del caso, sino a cualquier otro actor social» (2011: 1680). Además de la diferenciación entre efectos *directos* e *indirectos*, es posible distinguir entre *efectos materiales* y *simbólicos*. Los primeros consistirían «en cambios tangibles en la conducta de grupos e individuos», mientras que los segundos harían referencia a «cambios en las ideas, percepciones e imaginarios sociales y colectivos relativos a la materia objeto de litigio» (2011: 1680).

La intersección de estas dos divisiones permitiría observar cuatro tipos de efectos de las sentencias: *materiales directos*, *materiales indirectos*, *simbólicos directos* y *simbólicos indirectos* (2011: 1681)³⁰⁰. Al analizar la posible legitimidad o

³⁰⁰ García Villegas se ha referido a la dificultad (o imposibilidad) de diferencias entre los efectos simbólicos directos e indirectos. Esto es así pues, si un efecto simbólico directo «es la percepción de un problema en términos de violación de derechos» y un efecto simbólico indirecto «consiste en la transformación de imagen que la opinión pública tiene de ese problema», sería bastante difícil establecer la diferencia entre unos y otros, ya que «siendo todos los efectos simbólicos representaciones que las normas producen en los destinatarios de las normas, resulta difícil separar lo que es directo de

ilegitimidad del control de constitucionalidad es conveniente tener en cuenta estos tipos de efectos.

2.2. La Corte Constitucional colombiana y la protección dialógica de los derechos constitucionales

Como fue estudiado en el **Capítulo II**, quienes afirman la ilegitimidad del control de constitucionalidad se refieren a la limitación que el actuar de los tribunales constitucionales supondría para los derechos de participación política de los ciudadanos. Si tenemos en mente esta crítica podemos ver el contraste que representan los casos estudiados en el **Capítulo V**. ¿En qué medida fue limitada la libertad política de los ciudadanos en las sentencias relativas a los casos estudiados?

La Sentencia SU-039 de 1997 obligó al Estado a celebrar una consulta previa en la cual la comunidad afectada por el proyecto petrolero no sólo fuera informada sobre los posibles efectos de las intervenciones que de él se derivaban, sino que hiciera posible la expresión de la opinión de la comunidad y que ésta fuera tomada en cuenta por las autoridades que debían decidir. A través de esta acción, además del *efecto directo* mencionado (la celebración de la consulta), se dio un *efecto indirecto* importante. El fallo fue un aporte a la apertura de un debate más amplio que tuvo lugar en medios de comunicación nacionales, en la academia y, finalmente, en organismos internacionales.

lo que es indirecto. La diferencia entre la imagen de la violación de un derecho y la imagen que tiene la opinión pública parece más una diferencia en términos de actores, o de dimensión del problema, más que un asunto relacionado con lo directo o lo indirecto del efecto simbólico» (García Villegas, 2012: 100).

De igual manera, esta sentencia dio inicio a toda una línea jurisprudencial que ha tenido efectos de no poca relevancia. Dado que la consulta previa se deriva del Artículo 15 de la Ley 21 de 1991³⁰¹, la cual hace parte del bloque de constitucionalidad, los lineamientos dados en la Sentencia SU-039 de 1997 han servido de base para las sentencias C-030 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), C-175 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y C-366 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). En estas sentencias la Corte declaró la inexecutable total de tres leyes por considerar que éstas habían sido promulgadas sin implementar mecanismos a través de los cuales se garantizara el derecho a la información y participación efectiva de las comunidades indígenas y afrodescendientes, comunidades que, según afirmó el alto tribunal, se verían directamente afectadas por la regulación en ellas propuesta³⁰². La decisión de la Corte terminó entonces por beneficiar a todos aquellos grupos que tenían ahora argumentos jurídicos más sólidos y herramientas dotadas de mayor eficacia para exigir su derecho de participación en las decisiones concernientes a la intervención en sus territorios y la toma de decisiones que directamente les afectan.

Lo dicho muestra cómo la intervención de la Corte puede considerarse un aporte positivo en lo relativo a los dos elementos que queremos resaltar. En

³⁰¹ La Ley 21 de 1991 incorpora al sistema jurídico colombiano el Convenio 169 de la OIT.

³⁰² Las tres leyes en cuestión eran la Ley 1021 de 2006, «Por la cual se expide la Ley General Forestal», la Ley 1152 de 2007, «Por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones» y la Ley 1382 de 2010, «Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas».

primer lugar, su actuar buscó la protección de los derechos de aquellos grupos excluidos políticamente. En segundo lugar, la sentencia tuvo efectos, tanto directos como indirectos, que sirvieron para ampliar la deliberación democrática y, como consecuencia, lograron ampliar antes que reducir el espacio de intercambio y diálogo político.

Algo similar podemos decir de la Sentencia T-025 de 2004. El objeto del fallo era la protección del que es tal vez el más vulnerable de los grupos existentes en Colombia: los desplazados. No sólo son víctimas de la violencia que se vieron obligadas a abandonar su lugar de origen, sino que son, en su mayoría, personas de muy escasos recursos económicos. A esto se suman diferentes factores de exclusión, como el hecho de pertenecer a minorías étnicas o grupos vulnerables como lo son las mujeres, los ancianos o los niños. La T-025 produjo efectos materiales directos en lo que se refiere al diseño y aplicación de políticas públicas por parte del Estado, característica que comparte este caso con las sentencias sobre el del sistema carcelario y el sistema de salud.

De igual manera, y lo que es tal vez más importante, a través de este fallo se dio inicio a todo un proceso deliberativo en el que intervinieron diferentes actores: magistrados de la Corte, delegados de los diferentes ministerios encargados del diseño y aplicación de políticas públicas, funcionarios de los organismos de control, líderes de organizaciones de la población desplazada, diferentes sectores de la academia, *amici curiae*, organismos internacionales, etc. Debido a que (como se vio en el apartado 3. del **Capítulo V**) la Corte adoptó una serie de *remedios débiles* a la vez que retuvo su competencia, el debate acerca

de las medidas adecuadas para atender el problema del desplazamiento no terminó con el fallo en 2004³⁰³.

Este proceso deliberativo no se redujo a los efectos directos del fallo, es decir, a los espacios directamente abiertos por la Corte en audiencias públicas y en las intervenciones de miembros de la sociedad civil y funcionarios ante la Corte (ver apartado 3.4. del **Capítulo V**). Tampoco se limitó a los efectos deliberativos derivados de los espacios abiertos por las instituciones encargadas de atender el problema del desplazamiento (como el Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia). Más allá de esto, la intervención de la Corte tuvo importantes efectos indirectos al lograr que se ampliara el debate sobre el desplazamiento en los medios de comunicación y en la academia. De igual manera, influyó para que la forma en que los medios y la ciudadanía percibían el fenómeno del desplazamiento forzado cambiara³⁰⁴. Pasó de ser

³⁰³ El establecimiento de remedios débiles y la apertura de procesos deliberativos como las audiencias públicas ha permitido la apertura de un diálogo entre los diferentes poderes (Rodríguez Garavito, 2011: 1685-1686). Esta apertura de «espacios participativos y deliberativos de implementación de los fallos estructurales que involucren a todos los afectados y que, al mismo tiempo, establezcan incentivos y plazos para avanzar en la protección de los derechos vulnerados» (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010: 18), hacen pensar en la posibilidad de una justicia constitucional que logre hacer un aporte real al gobierno democrático.

³⁰⁴ Como una muestra del impacto en el debate público de la Sentencia T-025, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco analizaron el comportamiento de las notas de prensa entre los años 2000 y 2009. Según estos autores «tanto el trabajo de campo como el análisis de prensa sugieren que el fallo -y, sobre todo, el proceso de seguimiento- han estado asociados a una mayor visibilidad del tema en la discusión pública» (2010: 100).

concebido como un subproducto de la guerra el cual se entendía en términos cuasi-naturales, a ser asumido como un problema de violación de derechos con responsables políticos³⁰⁵.

La intervención de la Corte, lejos de significar una despolitización del conflicto social a través de mecanismos judiciales, contribuyó, por el contrario, a ampliar el debate público (o, según concepto de Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010: 92-127), a *crear* el problema del desplazamiento, pobremente debatido y peor atendido).

Algo similar puede ser dicho de la Sentencia T-760 de 2008. En este fallo, en el cual la Corte tomo una serie de medidas con el fin de superar las múltiples violaciones de derechos derivadas del mal funcionamiento del sistema de salud, el alto tribunal buscó, como en los fallos anteriormente mencionados, la protección de aquellos grupos que mayores dificultades tienen de aprovechar las oportunidades que ofrecen las instituciones representativas. Los mayores afectados por el mal funcionamiento del sistema son, en efecto, las personas de menores recursos económicos.

La Sentencia T-760 de 2008 presenta tres aspectos sumamente importantes. El primero de ellos es la promoción de la participación ciudadana tanto en el desarrollo e implementación de políticas públicas (como cuando ordenó incluir

³⁰⁵ Con base en el estudio mencionado en la cita anterior, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco concluyen que «tanto el análisis de prensa como las entrevistas realizadas muestran que la intervención de la Corte Constitucional ha estado asociada a una variación en la percepción pública del desplazamiento, y de los términos que se utilizan para hablar de él. Sumado a la mayor visibilidad del tema, este giro constituye el componente simbólico del efecto creador» (2010: 110).

a los usuarios del sistema de salud y a la comunidad médica en la actualización del Plan obligatorio de Salud) y la celebración de audiencias públicas encaminadas a abrir espacios de diálogo entre agencias estatales, tribunales, entes de control y sociedad civil.

El segundo aspecto, fuertemente relacionado con el anterior, consistió en el proceso de debate generado entre pacientes, médicos, miembros de organizaciones de la sociedad civil y en los medios de comunicación en general. Este debate tanto en las esferas públicas formales e informales fue un elemento importante para el proceso de reforma del sistema de salud iniciado en el año 2013 y que terminó con la promulgación de la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015).

Por último, la Sentencia T-760 de 2008 adoptó prácticas interpretativas a través de las cuales el alto tribunal, al enfrentarse a lo que consideraba vacíos legales causantes de violaciones de derechos, daba contenido a los derechos haciendo un esfuerzo por respetar no sólo el contenido de la Constitución, sino también la interpretación que de ésta había hecho el legislador. La interpretación del juez constitucional no se derivaba exclusivamente de la constitución, sino también de los aportes hechos por el poder legislativo.

A pesar de estos tres elementos valiosos del fallo sobre el sistema de salud, así como de algunos efectos directos de sus órdenes (como la igualación del plan de servicios del sistema contributivo y el sistema subsidiado), la Sentencia T-760, y el litigio en salud en general, tiene también puntos débiles. En particular, los referidos en el apartado 2.2. del **Capítulo V**, consistentes en los posibles efectos regresivos que puede significar la adopción de una perspectiva casuista y no estructural al momento de enfrentar las fallas del sistema de salud.

Por último, la forma en que la Corte afrontó los dos *estados de cosas inconstitucionales* en los fallos T-153 de 1998, T-388 de 2013 y T-762 de 2015, muestran varios de los problemas y límites del actuar de la justicia constitucional. En estos casos, la Corte realizó un esfuerzo importante por proteger los derechos de un grupo claramente excluido de comunidad política. Con una población carcelaria que supera los 120.000 reclusos (INPEC, 2016), los presos se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad y exclusión. Aquí, la marginación de la participación política no se deriva de la vulneración de otros derechos que sirven como condiciones materiales para el ejercicio de la autonomía (sea pública o privada), sino que los presos (en prisión preventiva o condenados) han perdido (unos *de facto*, otros *de iure*) su derecho de voto. Se suma a esto la violación generalizada de todos sus demás derechos constitucionales.

La intervención de la Corte en el primero de los fallos mostró con el paso del tiempo, que a pesar de las buenas intenciones y el compromiso con la protección de los derechos fundamentales de un grupo indefenso políticamente como los presos, los fallos de tipo gerencial pueden llevar a decepcionantes resultados. Tal como se vio en el apartado 4. del **Capítulo V**, las órdenes dadas por la Corte únicamente lograron aumentar el número de cupos carcelarios sin disminuir (más que temporalmente) el hacinamiento. En las sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015, la Corte hace un importante esfuerzo por corregir los errores de su primer fallo, pero al no mantener la competencia y evitar iniciar un proceso de diálogo abierto como en las sentencias T-025 de 2004 y T-760 de 2008, es difícil imaginar que las órdenes en ella dadas vayan a tener efectos reales.

2.3. La objeción democrática y la labor de la justicia constitucional en Colombia

Tomarse en serio la objeción democrática es preguntarse por las diferentes maneras en que puede actuar la justicia constitucional y cómo estas diferentes maneras de actuar pueden afectar (protegiendo o lesionando) los derechos constitucionales. Las importantes críticas planteadas por los autores procedimentalistas cuestionan acertadamente el riesgo que representa la sacralización de instituciones con limitadas credenciales democráticas y el enorme riesgo de despolitización que significa dejar los procesos encaminados a responder las preguntas relacionadas con la forma correcta de concebir los derechos fundamentales a las élites judiciales. Sin embargo, los procedimentalistas dejan de lado que la justicia constitucional no sólo puede actuar de diversas formas, sino también que, como lo muestra la experiencia en el caso colombiano, hay diferentes maneras en que se puede desarrollar la protección de los derechos fundamentales por parte de estas instituciones. Como se ha podido observar luego del estudio de los casos analizados en el **Capítulo V**, existen formas de intervención judicial que no sólo no limitan el debate público sobre el valor, contenido y límites de los derechos, sino que lo amplían y fortalecen. Estas formas de actuación no deben ser consideradas ilegítimas, pues no sólo tienen la capacidad de proteger derechos que son vitales para una concepción robusta de la democracia (una que reconozca el igual valor de los diferentes grupos de derechos), sino que además abren nuevos canales de diálogo.

El caso colombiano es particularmente interesante, pues logra mostrar que esto no es sólo una especulación. En los menos de 25 años de existencia de la Corte se ha observado cómo grupos sistemáticamente ignorados por los procedimientos mayoritarios, han tenido una voz, así sea débil, en el nuevo contexto constitucional colombiano. La Corte, ha quedado claro, no ha logrado resolver los graves problemas de exclusión y violación de los derechos

fundamentales que padece Colombia, pero ha tenido la virtud de abrir debates que han permitido el inicio de acciones conjuntas que antes no parecían posibles. Y lo ha hecho a través de fallos cada vez más abiertos a la participación de diferentes entidades pertenecientes a las diferentes ramas del poder público, así como de la sociedad civil. Este lento proceso no está exento de errores, muchos de ellos bien señalados por los procedimentalistas, pero estas dificultades (que en muchos casos no son pequeñas) no logran opacar la labor sin duda democratizadora que ha cumplido en estos años la Corte Constitucional.

Con esto no se quiere decir que los procesos de diálogo abiertos por la Corte pudiera ser considerado como un ideal de deliberación y participación democrática, pero si entendemos la apertura democrática como un *continuum* «que va de la no-participación, pasando por niveles mínimos en los que los ciudadanos no tienen voz y se limitan a recibir información, hasta la participación e influencia en la planificación y en el proceso de control» (Saucá y Wences, 2009: 30), es posible valorar estos elementos dialógicos como como progresos encaminados no sólo a la protección de los derechos sustantivos, sino también a la realización de los derechos de participación de los afectados.

Conclusiones

Luego del análisis de las principales corrientes teóricas que han abordado la cuestión de la legitimidad de la justicia constitucional, así como del estudio del actuar de la Corte Constitucional colombiana en cuatro casos en los que se veían afectados los derechos de grupos excluidos, es posible llegar a las siguientes conclusiones:

Primera: Dos elementos caracterizan las diferentes aproximaciones a la legitimidad del control de constitucionalidad. El primero de ellos es el relativo a las relaciones que, en el plano de las ideas o filosófico, establecen las distintas teorías entre los diferentes tipos de derechos: civiles, sociales y políticos. El segundo, se refiere a la manera en que estas teorías vinculan las posiciones defendidas en el plano filosófico con sus propuestas en el plano institucional.

Segunda: El *constitucionalismo jurídico* defiende la idea de que existen relaciones de jerarquía entre los diferentes grupos de derechos, en donde los llamados derechos sustantivos (derechos civiles y sociales) ocupan una posición de preeminencia frente a los derechos políticos. Debido a que los *constitucionalistas jurídicos* no otorgan un valor intrínseco a los derechos de participación política y los consideran meros instrumentos para la realización de los derechos sustantivos, entienden que los primeros se encuentran subordinados a los segundos, que los vinculan y limitan.

Tercera: El *constitucionalismo jurídico* entiende que el reconocimiento de la primacía de los derechos sustantivos está vinculada a un modelo institucional determinado: el *Estado democrático constitucional*. Este modelo de Estado exige, por una parte, la adopción de instituciones representativas cuyas decisiones se encuentran limitadas por los derechos civiles y sociales y, de otra, mecanismos

de justicia constitucional a través de los cuales los jueces someten a los poderes políticos a través de sus decisiones a los límites que significan los derechos sustantivos.

Cuarta: La tesis defendida por el *constitucionalismo jurídico* parte de una concepción de la democracia y del actuar político según la cual las instituciones representativas son entendidas como lugares de mera agregación de preferencias en donde, en el mejor de los casos, instituciones políticas sensibles a las presiones ciudadanas convierten en decisiones públicas, políticas encaminadas a satisfacer los deseos de las mayorías.

Quinta: Por su parte, el *constitucionalismo político* considera, de forma contraria al *constitucionalismo jurídico*, que los derechos políticos se encuentran en una posición privilegiada frente a los derechos sustantivos. En tanto derechos-poder, estos derechos permitirían precisamente determinar cuál es el alcance y límite de los derechos civiles y sociales. El derecho de participación política, entendido como el *derecho de los derechos*, permitiría llevar a cabo esta tarea de una manera democrática, dado que permite a cada miembro de la comunidad política tener igual peso en la determinación de la voluntad común.

Sexta: A la idea del derecho de participación como el *derecho de los derechos* defendida en el nivel de las ideas, el *constitucionalismo político* vincula un modelo institucional determinado: el *Estado democrático representativo*. Para quienes entienden la *constitución como proceso*, los ideales democráticos se verían satisfechos en la medida en que se establezca un sistema en que se den votaciones exentas de coacción, competencia entre partidos para la asignación de sillas en las asambleas legislativas y las decisiones sean tomadas a través de la regla de la mayoría.

Séptima: Tanto *iusconstitucionalistas* como *constitucionalistas políticos* parten de concepciones reducidas de la democracia. Los primeros asumen que el gobierno democrático y la soberanía popular consisten precisamente en los derechos constitucionalmente garantizados, en donde los derechos de participación ocupan un lugar subordinado y carente de valor intrínseco. Esta forma de concebir el gobierno democrático (en el que se da una combinación de instancias de agregación de preferencias a través de mecanismos de representación, por un lado, y deliberación en *foros de principio* por el otro) no reconoce adecuadamente el valor de los derechos de participación política, razón por la cual corre el riesgo de concebir el sistema democrático como uno de goce pasivo de derechos que se otorgan de manera paternalista.

Octava: Por su parte, el *constitucionalismo político* entiende que la participación en iguales términos en la toma de decisiones públicas quedaría satisfecha con la institucionalización de un modelo de democracia representativa. Al considerar que sólo a través de los procedimientos propios de la democracia representativa es posible determinar el contenido de los derechos sustantivos, los *constitucionalistas políticos* desconocen la importancia de dichos derechos como condición necesaria para una participación política autónoma. La inclusión ciudadana en el sistema democrático entendida de manera exclusiva como la posibilidad de participar en los procedimientos democrático-representativos, es incompleta en la medida en que desconoce la forma en que la violación de los derechos civiles y sociales termina por minar el fundamento mismo que hace valiosa la participación política, es decir, la idea de autonomía.

Novena: La inclusión de todos en los procesos de deliberación y decisión pública exigen no sólo que dichos procesos estén formalmente abiertos a todos. Es necesario, de igual manera, que se garanticen aquellos derechos que

protegen la libertad personal y las condiciones materiales que permiten un actuar autónomo. Sin la protección de estos derechos, los procesos establecidos por el *Estado democrático representativo* pueden ver reducido enormemente su valor instrumental.

Décima: La manera en que estas dos formas de constitucionalismo (político y jurídico) entienden las relaciones entre derechos, así como la posición asumida frente a los diferentes modelos institucionales, los lleva a adoptar posturas contrarias en lo que se refiere a la justicia constitucional como mecanismo de protección de derechos. Para los *constitucionalistas jurídicos* la prevalencia otorgada a los derechos sustantivos y el papel otorgado a los derechos de participación política, los lleva a considerar que la justicia constitucional no sólo está legitimada desde un punto de vista democrático, sino que es una institución necesaria.

Decimoprimera: Para el *constitucionalismo jurídico*, los derechos constitucionales son los que marcan los límites del actuar legítimo de los poderes públicos y los jueces, a través de herramientas interpretativas, tienen la capacidad de establecer el contenido de estos derechos. Bajo esta perspectiva, el *iusconstitucionalismo* entiende que, desde un punto de vistas democrático-constitucional y dado el valor instrumental de los derechos de participación (derechos-poder limitados por los derechos sustantivos), no existe reproche alguno al establecimiento de procedimientos contramayoritarios como aquellos propios de la justicia constitucional.

Decimosegunda: El *constitucionalismo político*, por su parte, al entender que la única garantía necesaria para el gobierno democrático es la inclusión a través de las instituciones representativas, asume que todo mecanismo o procedimiento que disminuya la influencia de los ciudadanos en las decisiones públicas

tomadas a través de la democracia representativa debe ser considerado como ilegítimo. De esta manera, para el *constitucionalismo político* el otorgamiento de la *última palabra* a funcionarios judiciales desvinculados de las mayorías parlamentarias se presenta como una opción no justificada desde el punto de vista democrático.

Decimotercera: La forma en que *iusconstitucionalistas* y *constitucionalistas políticos* conciben las relaciones entre derechos y su vinculación con modelos institucionales determinados, no es la única manera de abordar el problema de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad. Una tercera forma de afrontar este problema es la propuesta por el *constitucionalismo deliberativo*. Para las concepciones deliberativas de la democracia constitucional no existen relaciones jerárquicas entre derechos, ya que estos son considerados igualmente valiosos y cooriginarios.

Decimocuarta: El *constitucionalismo deliberativo* entiende que el gobierno democrático requiere de la protección de los derechos vinculados a la participación política y de los derechos sustantivos que protegen la libertad personal, así como las condiciones materiales que hacen posible un actuar libre. Esta posición supera el reduccionismo propio de las tesis *iusconstitucionalistas* y *político-constitucionalistas* en las que la idea misma de democracia termina por verse limitada como consecuencia del establecimiento de la primacía de algún grupo de derechos constitucionales.

Decimoquinta: El igual valor de los diferentes grupos de derechos puede ser entendido de dos maneras: puede pensarse (i) como una relación de *tensión* entre grupos de derechos igualmente valiosos o (ii) como una relación de complementariedad e interdependencia. Si se asume la primera de las concepciones, se entiende que todo lo que se gane en protección de derechos

sustantivos, será terreno perdido por los derechos de participación en una especie de juego de suma cero. Por el contrario, si se asume la segunda concepción, dadas las relaciones de complementariedad e interdependencia de los diferentes grupos de derechos, el espacio que se gana en la protección de un derecho no necesariamente significa una pérdida en la protección del otro. Las relaciones entre los diferentes derechos no son por definición relaciones de tensión y competencia.

Decimosexta: De igual manera, el *constitucionalismo deliberativo* no entiende que de la posición asumida en el plano filosófico (el igual valor de los derechos civiles, políticos y sociales) se deduzca en un modelo institucional determinado. Mientras el *constitucionalismo jurídico* y el *constitucionalismo político* afirman que de la prevalencia, en un caso, de los derechos sustantivos y, en el otro, de los derechos de participación, se deriva una justificación de los modelos institucionales defendidos por cada corriente (el *Estado democrático constitucional* y el *Estado democrático representativo*) de forma independiente del contexto en que dichas instituciones deban operar, el *constitucionalismo deliberativo* entiende que es necesario tener en cuenta este contexto.

Decimoséptima: El *constitucionalismo deliberativo* asume entonces que para el análisis de la justificación de una institución determinada es necesario atender al *contexto* en el cual ésta debe operar y, por esta razón, para afirmar la legitimidad de la justicia constitucional, dicho juicio no puede hacerse de manera independiente de las circunstancias en que dicha institución deberá ejercer el control de constitucionalidad.

Decimooctava: El análisis normativo independiente del contexto no puede llegar más allá del estudio del diferente valor que se le puede asignar a los derechos y de las relaciones que pueden establecerse entre estos. La justificación

de modelos institucionales, si bien está determinado por este análisis normativo, exige tener en cuenta elementos circunstanciales, como la capacidad de las diferentes instituciones de proteger los derechos.

Decimonovena: La tesis defendida por el *constitucionalismo deliberativo* en el nivel de las ideas significa un igual compromiso por la defensa de los derechos civiles, políticos y sociales; derechos cooriginales e interdependientes. Este compromiso no significa necesariamente un rechazo del control de constitucionalidad como institución legítima, pero tampoco considera que sea obligatoria su inclusión en toda forma de gobierno democrático.

Vigésima: El *constitucionalismo político* afirma que para realizar el derecho a una igual participación en las decisiones públicas basta con el funcionamiento de los procedimientos democrático-representativos. El *constitucionalismo deliberativo* muestra cómo, para que dichos procedimientos tengan valor, éstos deben operar en circunstancias en las cuales se garanticen otros derechos (los derechos civiles y sociales). Sin la garantía de estos derechos los procedimientos de decisión por mayorías sólo pueden verse como una débil sombra de lo que serían verdaderos procedimientos abiertos a la participación de todos.

Vigesimoprimera: Dado que la garantía de los derechos sustantivos es importante para que los procedimientos democráticos puedan adquirir un verdadero valor instrumental, la justicia constitucional puede entenderse como legitimada en caso de hacer un aporte importante a la protección de estos derechos. Aquellos que buscan el establecimiento de procedimientos abiertos a la participación de todos no pueden ser indiferentes ante la necesidad de protección de los derechos civiles y sociales.

Vigesimosegunda: Sin embargo, al momento de ejercer el control de constitucionalidad, los jueces no pueden ignorar al valor intrínseco de los

derechos de participación política. Por esta razón, el actuar de la justicia constitucional debe llevarse a cabo a través de procedimientos respetuosos con las decisiones de los diferentes poderes públicos con los que comparte el objetivo de hacer realidad el gobierno democrático.

Vigesimotercera: Este respeto al gobierno democrático como objetivo común se muestra si las instituciones encargadas del ejercer el control de constitucionalidad tienen en cuenta dos criterios. En primer lugar, deben enfocar su actuar a la defensa de los derechos de aquellas personas pertenecientes a grupos excluidos políticamente, es decir, a grupos que han sufrido historiales de discriminación, carecen de los medios materiales mínimos para actuar de manera autónoma o, en general, sufren violaciones de derechos tales que les impiden actuar como iguales en la comunidad política. En segundo lugar, la justicia constitucional debe adoptar, siempre que sea posible, procedimientos dialógicos que abran espacios de deliberación e intercambio de razones y experiencias entre los diferentes poderes y entre estos y la sociedad civil.

Vigesimocuarta: El papel jugado por la justicia constitucional en Colombia muestra cómo dichos criterios son aplicables. Los casos estudiados en la SEGUNDA PARTE revelan cómo un tribunal constitucional puede enfocar su actuar en los grupos excluidos políticamente y hacerlo a través de modelos de decisión dialógicos que, a pesar de sus dificultades, logran abrir antes que cerrar los procesos de participación en las decisiones públicas.

Vigesimoquinta: Las sentencias estudiadas muestran cómo el actuar de la justicia constitucional puede estar dirigido a la defensa de los derechos constitucionales de aquellas personas excluidas de los procesos de deliberación y decisión públicos. Las minorías étnicas, los desplazados, los pobres y los

presos, grupos cuyos miembros encuentran gran dificultad de defender sus derechos a través de los mecanismos democrático-representativos, han visto sus derechos protegidos por los fallos de la Corte.

Vigesimosexta: Las sentencias de la Corte Constitucional colombiana han tenido efectos directos importantes que han obligado a los diferentes poderes a atender problemáticas sociales ante las que se habían mostrado indiferentes. La realización de una consulta previa, el desmonte del régimen segregado de salud, la creación de una política pública ante el desplazamiento interno forzado fruto del conflicto o la reevaluación de la política criminal, muestran que la justicia constitucional puede jugar un papel importante al momento de superar las desigualdades estructurales que posicionan a ciertos grupos en condiciones de exclusión.

Vigesimoséptima: De igual manera (si bien no en todos los casos) la intervención de la Corte ha mostrado que las decisiones de los jueces constitucionales pueden tener efectos deliberativos importantes. La adopción de remedios débiles que dejan un amplio margen de actuación a los demás poderes, así como la apertura de espacios como las audiencias públicas (en las cuales han podido participar tanto miembros de la sociedad civil, como delegados de las diferentes agencias estatales y de organismos internacionales) muestran la posibilidad de abrir diálogos constitucionales que sean a la vez más inclusivos y se muestren como más eficientes.

Vigesimoctava: Los efectos deliberativos no se reducen a las consecuencias directas de la sentencia (las cuales afectan a las partes involucradas en el proceso) sino que se amplía a la sociedad en su conjunto. Los fallos de la Corte han visibilizado los graves problemas de violaciones masivas de derechos que

afectan a diferentes grupos marginados, posicionándolos de esta manera en el centro del debate público.

Vigesimonovena: La intervención de la justicia constitucional en el caso colombiano muestra cómo su actuar puede, lejos de significar una despolitización del conflicto social a través de mecanismos judiciales, contribuir a la ampliación del debate público. Su actuación no sólo no implica una limitación del debate público sobre el valor, contenido y límites de los derechos, sino que lo puede ampliar y favorecer.

Trigésima: Formas de intervención judicial que asuman la protección de los derechos de los miembros de aquellos grupos políticamente excluidos y que se amparen en procedimientos dirigidos al diálogo constitucional, no deben ser consideradas ilegítimas, pues no sólo tienen la capacidad de proteger derechos que son vitales para una concepción robusta de la democracia (una que reconozca el igual valor de los diferentes grupos de derechos), sino que además abren nuevos canales de deliberación.

Trigesimoprimera: Al cumplir esta función, la justicia constitucional se muestra como un aporte al gobierno democrático y desafía la tesis defendida por el *constitucionalismo político* al afirmar que el control de constitucionalidad cierra el debate político y significa por tanto una limitación del gobierno democrático.

Trigesimosegunda: De igual manera, un actuar como el descrito desafía la tesis de aquellos que consideran que la protección de los derechos sustantivos significa necesariamente una limitación de los derechos de participación política. Tanto los elementos dialógicos de la intervención judicial, como el carácter interdependiente de los derechos políticos, civiles y sociales, muestran

cómo el control de constitucionalidad puede ser un aporte a procesos de deliberación y decisión públicos.

Conclusions

After the analysis of the main theoretical streams which have addressed the question of the legitimacy of constitutional justice, as well as the study of the actions of the Colombian Constitutional Court in four cases in which the rights of the excluded groups were affected, it is possible to draw the following conclusions:

First: Two elements characterize the different approaches to the legitimacy of the constitutional review. The first of them is the one regarding the relationships that, in the domain of ideas, establish the various theories among the different types of rights: civil, social and political. The second one refers to the way in which these theories link the positions defended in the philosophical domain with their proposals in the institutional domain.

Second: *Legal constitutionalism* defends the idea that there are relationships of hierarchy among the different groups of rights, where the so-called substantive rights (civil and social rights) are in a position of preeminence in front of the political rights. Due to the fact that *legal constitutionalists* do not give an intrinsic value to the political participation rights and that they consider them mere instruments for the realization of the substantive rights, they understand that the first ones are subordinated to the second ones, that limit them.

Third: *Legal constitutionalism* understands that the recognition of the primacy of the substantive rights is linked to a determined institutional model: the *democratic constitutional State*. This State model demands, on one part, the adoption of representative institutions whose decisions are limited by the civil and social rights and, on the other part, the implementation of mechanisms of

constitutional justice through which the judges control the political powers through decisions based on substantive rights.

Fourth: The thesis defended by *legal constitutionalism* originates from a concept of democracy and political action according to which the representative institutions are taken as places of mere aggregation of preferences where, in the best scenario, political institutions susceptible to citizen pressures convert into public decisions, policies aimed to satisfy the desires of the majority.

Fifth: On its part, *political constitutionalism* considers that, in a contrary way to *legal constitutionalism*, the political rights are in a privileged position before the substantive rights. As power-rights, these rights would precisely permit to determine which is the reach and limit of the civil and social rights. The right of political participation, taken as *the right of rights*, could allow doing this task in a democratic way, since it permits each member of the political community to have equal value in the determination of the common will.

Sixth: To the idea of the right of participation as *the right of rights* defended in the domain of ideas, is linked by *political constitutionalists* to a specific institutional model: the *democratic representative State*. For those who take the *constitution as a process*, the democratic ideals would seem fulfilled as long as a system is established, in which there is voting exempted of coercion, competition between parties for the assignation of seats in the legislative assemblies and that the decisions could be made through majority rule.

Seventh: Both *legal constitutionalists* and *political constitutionalists* base their views on a reductionist concept of democracy. The first assume that the democratic government and popular sovereignty precisely consist of the constitutionally guaranteed rights, where rights of participation take a subordinated position and lack intrinsic value. This form of conceiving the

democratic government (in which there is a combination of instances of preference aggregation through representation mechanisms, on one part, and deliberation in *forums of principle* on the other part) does not adequately recognize the value of political representation rights, reason why it runs the risk of conceiving the democratic system as passive enjoyment of paternalistically granted rights .

Eighth: On its part, *political constitutionalism* understands that participation in equal terms in public decision making procedures would be fulfilled with the institutionalization of a representative democracy model. Considering that only through the procedures of representative democracy it is possible to determine the content of substantive rights, the political constitutionalists do not recognize the importance of such rights as a necessary condition for an autonomous political participation. The citizen inclusion in the democratic system, understood solely as the possibility of participating in the democratic-representative procedures, is incomplete in the sense that it ignores the way in which the violation of the civil and social rights ends up undermining the same fundament that makes political participation so valuable, it is to say, the idea of autonomy.

Ninth: The inclusion of all in the deliberation and public decision making process demands, not only, that such processes are formally open to everyone. Just the same, it is necessary to guarantee those rights that protect personal freedom and the material conditions that allow an autonomous development. Without the protection of these rights, the processes established by the *representative democratic State* could see immensely reduced its instrumental value.

Tenth: The way that these types of constitutionalism (political and legal) comprehend the relationship among rights, as well as the assumed position towards the various institutional models, makes them take opposite stands in regards to the constitutional justice as the rights protection mechanisms. For *legal constitutionalists* the prevalence granted to the substantive rights and the role assigned to political rights, makes them considerate that the constitutional justice is not only legitimated from a democratic perspective, but also that it is a necessary institution.

Eleventh: To *legal constitutionalism* the constitutional rights are the ones that trace the limits of the legitimate actions of the public powers. In the same manner, they assume that the judges have the capacity to establish the content of these rights through interpretative tools. On this perspective the *legal constitutionalists* understands that, from a democratic-constitutional point of view and due to the instrumental value of the participation rights (power-rights limited by the substantive rights), there is no reproach what so ever to the establishment of countermajoritarian procedures such as those inherent to the constitutional justice.

Twelfth: *Political constitutionalism*, on its part, in understanding that the only guarantee necessary for the democratic government is the inclusion through the representative institutions, assumes that every mechanism or procedure that lessens the influence of the citizens in public decisions taken through the representative democracy, must be considered as illegitimate. In this way, for *political constitutionalism* the granting of the *last word* to judicial officials detached of the parliamentary majorities is presented as an unjustified option from the democratic perspective.

Thirteenth: The way that *legal constitutionalist* and *political constitutionalists* conceive the relation among rights and their connection with determined institutional models, is not the only way to address the problem of democratic legitimacy of the constitutional review. A third way of facing this problem is the one proposed by the deliberative constitutionalism. For the deliberative conceptions of the constitutional democracy, there are no hierarchy relations among rights because they are considered equally valuable and co-original.

Fourteenth: The *deliberative constitutionalism* understands that the democratic government requires the protection of the rights associated to political participation and substantive rights that protect personal freedom, as well as the material conditions that make free action possible. This stand surpasses the reductionism of *legal constitutionalists* and *political-constitutionalists* thesis in which the same idea of democracy ends up being limited as a consequence of the establishing of the primacy of some constitutional rights group.

Fifteenth: The equal value of the different groups of rights could be comprehended in two ways: it can be thought off (i) as a relationship of *tension* between groups of rights equally valuable, or (ii) as a relationship of complementarity and interdependency. If the first of the conceptions is assumed, it is understood that all that is gained in protection of substantive rights would be lost ground by the rights of participation in a kind of zero-sum game. On the contrary, if the second conception is assumed, given the relations of complementarity and interdependency of the different groups of rights, the space gained in protection of a right does not necessarily mean a loss in the protection of the other one. The relations among rights are not by definition relationships of tension and competition.

Sixteenth: In the same way, *deliberative constitutionalism* does not understand that the position assumed at a philosophical level (the equal value of civil, political and social rights) is deducted in a specific institutional model. While *legal* and *political constitutionalism* state that from the prevalence, in one case, of substantive rights and, in the other case, of the rights of participation, it is derived a justification of the institutional models defended by each stream (the *constitutional democratic State* and the *representative democratic State*) independently from the context in which such institutions must operate, *deliberative constitutionalism* understands that it is necessary to bear in mind this context

Seventeenth: *Deliberative constitutionalism* then assumes that for the analysis of the justification of a certain institution it is necessary to address the *context* in which this one must operate and, for this reason, to affirm the legitimacy of the constitutional justice, such judgement cannot be done in separate way from the circumstances in which such institution must exert control.

Eighteenth: The independent normative analysis of the context cannot reach further than the study of the different value that can be assign to the rights and the relations that can be stablsh among these. The justification of institutional models, although determined by this normative analysis, demands to keep in mind circumstantial elements such as the capacity of institutions to protect rights.

Nineteenth: The thesis defended by the *deliberative constitutionalism* in the domain of ideas means an equal compromise towards the defense of the civil, political and social rights. This commitment does not necessarily mean a rejection of the constitutional review as a legitimate institution, but it neither considers that it is mandatory its inclusion in a democratic government.

Twentieth: *Political constitutionalism* states that in order to realize the right to an equal participation in public decisions it is only required the functioning of democratic-representative procedures. *Deliberative constitutionalism* claims that in order to have value such procedures must operate in circumstances in which other rights (civil and social rights) are guaranteed. Without the guarantee of these rights the procedures of decision by majority can only be seen as a weak shadow of what should be procedures really open to everyone's participation.

Twenty-first: Since the guarantee of the substantive rights is important so that democratic procedures can acquire a real instrumental value, the constitutional justice can be understood as legitimized in the case of making an important contribution to these rights. Those who seek the establishing of procedures open to everyone's participation cannot remain indifferent to the need of protection for the civil and social rights.

Twenty-second: However, at the moment of exercising the constitutional review, judges cannot ignore the intrinsic value of the political rights. For this reason, the actions of the constitutional justice must be done through procedures respectful with the decisions from the different public powers with which they share the objective of making the democratic government possible.

Twenty-third: This respect towards the democratic government as a common goal is shown if the institutions in charge of exercising the control of constitutionality keep in mind two criteria. In first place, they must focus their actions towards the defense of the rights of those people that belong to groups politically excluded; it is to say, to groups that have suffered histories of discrimination, lack the minimum material means to act in an autonomous way or, in general, suffer such violations of their rights that impede them to act as equals in the political community. In second place, the constitutional justice

must adopt, always when possible, dialogic processes that open spaces of deliberation and exchange of reasons between the different powers and between these and civil society.

Twenty-fifth: The rulings studied show how the actions of the constitutional justice can be aimed towards the defense of the constitutional rights of those people excluded from deliberation processes of public decisions. The ethnic minorities, the displaced, the poor and the incarcerated, groups that have great difficulty defending their rights through the democratic-representative mechanisms; have seen their rights protected by rulings of the Court.

Twenty-sixth: The rulings of the Colombian Constitutional Court have had important direct effects which have forced the different powers to address the social problems to which they had been indifferent. The realization of a previous consultation, the dismantling of the segregated health system, the creation of a public policy for the internal forced displacement derived from the armed conflict or the reevaluation of the criminal policy, show that the constitutional justice is able to play an important role at the moment of overcoming structural inequities that place certain groups in conditions of exclusion.

Twenty-seventh: Just the same (although not in all cases) the intervention of the Court has shown that the decisions of the constitutional judges may have important deliberative effects. The adoption of weak remedies which leave a broad margin of action for other powers, just as the opening of spaces such as public hearings (in which both, members of civil society and delegates of the various State agencies and international organizations) show the possibility of opening constitutional dialogs that could be at the same time more inclusive and seem as more efficient.

Twenty-eighth: The deliberative effects are not reduced to the direct consequences (the ones that affect the parts involved in the process) but instead they extend to society as a whole. The rulings of the Court have made visible the severe problems of massive violations of rights that affect the different marginal groups, placing them this way in the center of public debate.

Twenty-ninth: The intervention of the constitutional justice in the Colombian case shows how its actions may, far from meaning a depoliticizing of the social conflict through judicial mechanisms, contribute to the expansion of public debate. Its actions do not only not imply a limitation of the deliberation process about the value and limits of constitutional rights but that it may expand and favor it.

Thirtieth: Types of judicial intervention that assume the protection of the rights of the members of politically excluded groups and that are based on procedures aimed towards constitutional dialog, must not be considered illegitimate, since it does not only have the capacity to protect the rights that are vital for a robust conception of democracy (one that recognizes the equal value of the different groups of rights), but that also open new channels for deliberation and participation.

Thirty-first: At fulfilling this function, the constitutional justice appears as a contribution to the democratic government and defies the thesis defended by the *political constitutionalism* which states that the constitutional review closes the political debate and therefore means a limitation to the democratic government.

Thirty-second: In the same way, actions such as the ones described defy the thesis of those who consider that the protection of substantive rights necessarily means a limitation of the rights of political participation. The dialogical

elements of judicial intervention, as well as the independent character of the political, civil and social rights, show how constitutional review can be a contribution to processes of deliberation and public decision.

Bibliografía

- Alexy, R.** (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (Trad.: Ernesto Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R.** (2002). Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22. Núm. 66., pp. 13-64.
- Alexy, R.** (2004). *El concepto y la validez del derecho*. (Trad.: Jorge M. Seña). Barcelona: Gedisa, 2004.
- Alexy, R.** (2005). Balancing, Constitutional Review, and Representation. *I-CON*, Vol. 3, No. 4, pp. 572-581.
- Alexy, R.** (2009). Los principales elementos de mi filosofía del Derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 32, pp. 67-84.
- Alexy, R.** (2010). The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, Vol. 23, No. 2, pp. 167-182.
- Alterio, A. M.** (2011). La «esfera de lo indecible» en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n. 13, pp. 3-36.
- Alterio, A. M.** (2012). Una mirada política al ius-constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: problemas desde los puntos de vista interno y externo. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, No. 26, pp. 1-22.
- Aristóteles** (1998). *Política*. (Trad.: Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez). Madrid: Alianza.
- Ariza, L. J.** (2005). La prisión ideal: intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia. En D. Bonilla y M. Iturralde (eds.), *Hacia un nuevo derecho constitucional* (pp. 283-328). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Ariza, L. J.** (2011). Reformando el infierno. Los tribunales y la transformación del campo penitenciario en América Latina. En L. J. Ariza y M. Iturralde,

- Los muros de la infamia: prisiones en Colombia y en América Latina* (pp. 18-108). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Atienza, M.** (2001). Entrevista a Robert Alexy. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 24, pp. 671-687.
- Atienza, M.** (2009). Sobre la única respuesta correcta. *Jurídicas*, Universidad de Caldas, Manizales (Colombia), Vol. 6, Num. 2, pp. 13 – 26.
- Atienza, M.** (2014). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Ano 7, no. 2, pp.1-24.
- Atienza, M. y Ruiz Manero J.** (2004). *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- Ávila Santamaría, R.** (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Alberto Acosta y Esperanza Martínez editores.
- Bayón, J. C.** (2000). Derechos, democracia y constitución. *Discusiones*, Núm. 1, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, pp. 65-94.
- Bayón, J. C.** (2004). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En J. Betegón *et al.* (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales* (pp. 67-138). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Beitz, C.** (1983). Procedural Equality in Democratic Theory: A Preliminary Examination. En: J. R. Pennock y J. W. Chapman (Eds.), *NOMOS XXV: Liberal Democracy* (pp.: 69-91). New York: New York University Press.
- Beitz, C.** (1989). *Political Equality: An Essay in Democratic Theory*. Princeton: Princeton University Press.
- Bellamy, R.** (1996). The political form of the constitution: the separation of powers, rights and representative democracy. *Political Studies*, 44/3, pp. 436-456.

- Bellamy, R.** (2007). *Political constitutionalism: a republican defence of the constitutionality of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bellamy, R.** (2011). Political Constitutionalism and the Human Rights Act. *International journal of constitutional law*, vol. 9, no 1, pp. 86-111.
- Bellamy, R.** (2013). The democratic qualities of courts: a critical analysis of three arguments. *Representation*, 49:3, pp. 333-346.
- Benton, M.** (2010). The Tyranny of the Enfranchised Majority? The Accountability of States to their Non-Citizen Population. *Res publica*, vol. 16, no 4, pp. 397-413.
- Bergallo, P.** (2011). Argentina: Courts and the Rights to Health: Achieving Fairness despite «Routinization» in individual Coverage Cases. En A. Yamin y S. Gloppen (Eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* (pp. 43-75). Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Berlin, I.** (1997). The Originality of Machiavelli. En H. Hardy y R. Hausheer (Eds.), *The proper study of mankind: An anthology of essays* (pp. 269-225). Londres: Chatto & Windus.
- Berlin, I.** (2002). Introduction. En H. Hardy (Ed.), *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty* (pp. 3-54). Oxford: Oxford University Press.
- Berlin, I.** (2002). Two concepts of liberty. En H. Hardy (Ed.), *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty* (pp. 166-217). Oxford: Oxford University Press.
- Bernal Pulido, C.** (2013). Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law* 11:2, pp. 339-357.
- Bickel, A.** (1962). *The least dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Heaven: Yale University Press.

- Bobbio, N.** (2001). *El futuro de la democracia*. (Trad. José F. Fernández Santillán). Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N.** (2003). *Teoría general de la política*. (Ed. Michelangelo Bovero). Madrid: Trotta, 2003.
- Bovero, M.** (2002). *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*. Madrid: Trotta.
- Brower, B.** (1994). The limits of public reason. *The Journal of Philosophy*, pp. 5-26.
- Carbonell, M.** (2010). El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. En M. Carbonell y L. García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional* (pp. 159-171). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Christiano, T.** (1996). *The Rule of the Many: Fundamental Issues in Democratic Theory*. Colorado: Westview Press.
- Christiano, T.** (2000). Waldron on law and disagreement. *Law and Philosophy*, vol. 19, no 4, pp. 513-543.
- Christiano, T.** (2008). *The Constitution of Equality: Democratic authority and its limits*. Oxford: Oxford University Press.
- Codhes** (2013). El Desplazamiento Forzado y la Imperiosa Necesidad de la Paz. Informe sobre el desplazamiento. *Informe sobre desplazamiento*, pp. 1-19.
- Collins, H.** (2003). Discrimination, equality and social inclusion. *The modern law review*, Vol. 66, Iss.1, pp. 16-43.
- Comanducci, P.** (2002). Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico». *Isonomía*, No. 16, pp. 89-112.
- Comanducci, P.** (2011). «Constitucionalismo»: problemas de definición y tipología. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N. 34, pp. 95-100.
- Comisión Asesora de Política Criminal** (2012), *Informe final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*, 31 de marzo de 2012.

- Comisión de Seguimiento** (2008). *Quinto Informe a la Corte Constitucional. Proceso Nacional de Verificación de los Derechos de la Población Desplazada*. Junio de 2008, Bogotá, pp. 1-55.
- Comisión de Seguimiento** (2010). *Estado de avance de la realización del derecho a la participación efectiva de la población desplazada*. Junio de 2010, Bogotá, pp. 1-28.
- Constant, B.** (1988). De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. (Trad. Marcial Antonio López). En *Del espíritu de conquista* (pp. 63-93). Madrid: Tecnos.
- Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ)** (2015), *Balance diez años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia (2004 - 2014)*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ).
- Cox, G. y Morgenstern, S.** (2001). Latin America's reactive assemblies and proactive presidents. *Comparative Politics*, pp. 171-189.
- Dahl, R.** (1957). Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, 6, pp. 279-295.
- Dahl, R.** (1989). *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University Press.
- Defensoría del Pueblo** (2004), *Análisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia – 2003*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo** (2011), *Seguimiento al cumplimiento de la sentencia de tutela 971 de 2009*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo** (2014). *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2013*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Departamento Nacional de Planeación (DNP)** (2000), *Diagnóstico y propuestas para superar la crisis del sistema penitenciario y carcelario colombiano*. Bogotá: Imprenta Nacional, Informe 4 Justicia y Seguridad.

- Dixon, R.** (2007). Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, Num. 3, pp. 391-418.
- Dworkin, R.** (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Dworkin, R.** (1981). The Forum of Principle. *New York University Law Review*, 56, pp. 468-518.
- Dworkin, R.** (1984). Rights as Trumps. En J. Waldron (Ed.) *Theories of Rights* (pp. 153-167). Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, R.** (1985). *A matter of principle*. Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, R.** (1986). *Law's Empire*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Dworkin, R.** (1987). What is equality - Part 4: Political equality. *University of San Francisco Law Review*, vol. 22, pp. 1-30.
- Dworkin, R.** (1995). Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, 3:1, pp. 2-11.
- Dworkin, R.** (1996). *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, R.** (1996). Objectivity and truth: You'd better believe it. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 25, no 2, pp. 87-139.
- Dworkin, R.** (2000). *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Harvard University Press.
- Dworkin, R.** (2006). *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. Princeton University Press.
- Dworkin, R.** (2006). *Justice in robes*. Cambridge: Belknap Press.
- Dworkin, R.** (2011). *Justice for hedgehogs*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

- Eisgruber, C.** (2001). *Constitutional Self-government*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Ely, J. H.** (1980). *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Epstein, L. y Jeffrey A. S.** (2005). *Advice and consent: The politics of judicial appointments*. Oxford: Oxford University Press.
- Eriksen, E. O.** (2010). Derecho democrático o Gobierno de los Jueces. En A. J. Menéndez y E. O. Eriksen (Eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales* (pp. 95-134). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Estlund, D.** (2000). Jeremy Waldron on law and disagreement. *Philosophical Studies*, vol. 99, no. 1, pp. 111-128.
- Estrada, A. J.** (2014). Aspectos fundamentales de la regulación constitucional de los pueblos indígenas en Colombia. En V. Bazán y C. Nash (Eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales 4. Pluralismo jurídico* (pp. 31-60). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Fabre, C.** (2000). The dignity of rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 20, No. 2, pp. 271-282.
- Ferrajoli, L.** (2001). Los derechos fundamentales. En A. Cabo y G. Pisarello (Ed.s), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (pp. 19-52). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L.** (2001). Los fundamentos de los derechos fundamentales. En A. Cabo y G. Pisarello (Ed.s), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (pp. 287-381). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L.** (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. I. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L.** (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Vol. II. Madrid: Trotta.

- Ferrajoli, L.** (2011). Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista., *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Num. 34, pp. 15-53.
- Ferrajoli, L.** (2011). El Constitucionalismo Garantista. Entre Paleo-iuspositivismo y Neo-iusnaturalismo. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Num. 34, pp. 311-360.
- Ferrajoli, L. y Ruiz Manero J.** (2012). *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación*. Madrid: Trotta.
- Ferraz, O.** (2011). Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Vol. 89, pp. 1643-1668.
- Ferreres Comella, V.** (1997). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ferreres Comella, V.** (2010). El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática. En M. Carbonell y L. García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional* (pp. 477-504). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fiss, O.** (1976). Groups and the equal protection clause. *Philosophy & Public Affairs*, 107-177.
- Fiss, O.** (2002). El inmigrante como paria. *Una comunidad de iguales* (pp. 23-39). (Trad. Raúl M. Mejía y Verónica Lifrieri). Buenos Aires: Miño y Dávila Editores.
- Fiss, O.** (2004). Another Equality. *Issues in Legal Scholarship*, 20, pp. 1-25.
- Forsthoff, E.** (1975). *El estado de la sociedad industrial: el modelo de la República Federal de Alemania*. (Trad.: Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñoz). Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Fraser, N. y Honneth, A.** (2003). *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*. Londres: Verso.
- Freeman, S.** (2007). *Rawls*. New York: Routledge.

- Friedman, B.** (1998). History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy. *The New York University Law Review*, vol. 73, pp. 333-433.
- García Amado, J. A.** (2008). Sobre el neo-constitucionalismo y sus precursores. En F. Mantilla Espinosa (Coord.), *Controversias constitucionales* (pp. 24-69). Bogotá: Universidad del Rosario.
- García Jaramillo, L.** (2010). El neoconstitucionalismo en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente? En M. Carbonell y L. García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional* (pp. 311-366). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- García Montero, M.** (2009). *Presidentes y parlamentos: ¿quién controla la actividad legislativa en América Latina?* Madrid: CIS.
- Gardbaum, S.** (2013). *The new commonwealth model of constitutionalism: Theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gargarella, R.** (1996). *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.
- Gargarella, R.** (2006). Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights. En R. Gargarella et al. (Eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies an Institutional Voice for the Poor?* (pp. 13-34). Hampshire: Ashgate Publishing.
- Gargarella, R.** (2012). Democracia deliberativa, justicia dialógica y derechos sociales. *Teoria politica, Nuova Serie, Annali II*, pp. 231-256
- Gargarella, R.** (2014). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. En R. Gargarella (Comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

- Gargarella, R.** (2014). "We the People" Outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances. *Current Legal Problems*, pp. 1-47.
- Gargarella, R., Domingo, P. y Roux, T.** (eds.) (2006). *Courts and Social Transformation in New Democracies an Institutional Voice for the Poor*. Hampshire: Ashgate Publishing.
- Ginsburg, T.** (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gloppen, S.** (2006). Courts and Social Transformation: An Analytical Framework. En R. Gargaeralla *et al.* (Eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies an Institutional Voice for the Poor?* (pp. 35-60). Hampshire: Ashgate Publishing.
- Goldoni, M.** (2010). Controllo di costituzionalità e argomento del disaccordo. I limiti della tesi di Jeremy Waldron. *Ragion pratica*, No. 2, pp. 491-508.
- Goldoni, M.** (2013). Constitutional Reasoning according to Political Constitutionalism: Comment on Richard Bellamy. *German Law Journal*, vol. 14, pp. 1053-1076.
- Goldoni, M.** (2014). Political Constitutionalism and the Question of Constitution-Making. *Ratio Juris*, 27(3), pp. 387-408.
- Goldoni, M.** (2015). Constitucionalismo político y el valor de la toma de decisiones constitucionales. *Derecho y crítica social*, 1, pp. 67-107.
- Greppi, A.** (2012). *La democracia y su contrario: representación, separación de poderes y opinión pública*. Madrid: Trotta.
- Guastini, R.** (2001). Tres problemas para Luigi Ferrajoli. En A. Cabo y G. Pisarello (Ed.s), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (pp. 57-61). Madrid: Trotta.
- Gutmann, A. y Thompson, D.** (1996). *Democracy and Disagreement*. Cambridge (Mass.): Belknap Press.

- Habermas, J.** (1994). Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State. En A. Gutmann (Ed.), *Multiculturalism: examining the politics of recognition* (pp. 107-148), Princeton: Princeton University Press.
- Habermas, J.** (1995). Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism. *The journal of philosophy*, Vol. 92, Num. 3, pp. 109-131.
- Habermas, J.** (1998). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. (Trad.: Manuel Jiménez Redondo). Madrid: Trotta.
- Habermas, J.** (1999). *La inclusión del otro: estudios de teoría política*. (Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo y Gerard Vilar Roca). Barcelona: Editorial Paidós.
- Habermas, J.** (2001). El Estado democrático de derecho. ¿Una unión paradójica de principios contradictorios? *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 2, pp. 435-458.
- Hills, R. M., Jr.** (2002). Are Judges Really More Principled than Voters. *University of San Francisco Law Review*, vol. 37, pp. 37-61.
- Horton, J.** (2006). In defence of associative political obligations: Part one. *Political Studies*, vol. 54, no 3, pp. 427-443.
- Horton, J.** (2007). In defence of associative political obligations: Part two. *Political Studies*, vol. 55, no 1, pp. 1-19.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).** (2012). *De entre muros para la libertad (1993 – 2010)*. Bogotá: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).** (2014). *Informe estadístico, segundo semestre de 2013*. Bogotá: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – Oficina Asesora de Planeación.

- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).** (2015). *Informe estadístico, diciembre de 2014*. Bogotá: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – Oficina Asesora de Planeación.
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).** (2016). *Informe estadístico, enero de 2016*. Bogotá: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – Oficina Asesora de Planeación.
- Iturralde, M.** (2005). Prisiones y Castigo en Colombia: La construcción de un orden social excluyente. En: D. Bonilla y M. Iturralde (eds.), *Hacia un nuevo derecho constitucional* (pp. 110-194). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Jaramillo, J. F. y Castro Novoa, L. M.** (2016). La ejecución interna de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. El caso colombiano. En M. García Villegas *et al.* (Eds.), *Constitución, democracia y derechos* (pp. 260-325). Bogotá: Dejusticia.
- Jaramillo, J. F., Uprimny, R. y Guarnizo, D.** (2006). Intervención judicial en cárceles. *Foro Constitucional Iberoamericano*, N° 12, pp. 129-163.
- Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes (JGDH).** *Informe entregado al relator especial Relator Especial*. Julio de 2009.
- Kahana, T.** (2002). Understanding the Notwithstanding mechanism. *University of Toronto Law Journal*, pp. 221-274.
- Kavanagh, A.** (2003). Participation and judicial review: a reply to Jeremy Waldron. *Law and Philosophy*, vol. 22, no 5, pp. 451-486.
- Kavanagh, A.** (2009). *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Kavanagh, A.** (2015). What's so weak about "weak-form review"? The case of the UK Human Rights Act 1998. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, no 4, p. 1008-1039.
- King, J.** (2012). *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Konrad-Adenauer-Stiftung (KAS).** (2010). La situación de los pueblos indígenas de Colombia. *KAS Paper No.4*. Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_17956-544-4-30.pdf. Última Consulta: 07/09/2015.
- Kumm, M.** (2004). Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice. *I·CON*, Volume 2, Number 3, pp. 574–596.
- Kumm, M.** (2007). Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority and the Point of Judicial Review. *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, No. 2, pp. 1-32.
- Kumm, M.** (2012). Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review. En M. Klatt (Ed.), *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy* (pp. 201-217). Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Kyritsis, D.** (2006). Representation and Waldron's objection to judicial review. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, no. 4, pp. 733-751.
- Kyritsis, D.** (2012). Constitutional review in representative democracy.: *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 32, no. 2, pp. 297-324.
- Kyritsis, D.** (2015). *Shared Authority: Courts and Legislatures in Legal Theory*. Oxford: Hart Publishing.
- La Torre, M.** (2010). Nueve Críticas a la teoría de los derechos fundamentales de Alexy. En A. J. Menéndez y E. O. Eriksen (Eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales* (pp. 77-96). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Lafont, C.** (2016). «The Democratic Case for Judicial Review». En D. Dyzenhaus y M. Thorburn, (Eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law* (pp. 265-282). Oxford: Oxford University Press.

- Lamprea, E.** (2010). When accountability meets judicial independence: A case study of the Colombian constitutional court's nominations, *Global Jurist*, Vol. 10, No. 1, pp. 1-38.
- Lamprea, E.** (2011). *La Constitución de 1991 y la crisis de la salud. Encrucijadas y salidas*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Lamprea, E.** (2015). *Derechos en la práctica: jueces, litigantes y operadores de políticas de salud en Colombia (1991-2014)*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Laporta, F** (1993). *Entre el derecho y la moral*. Mexico: Fontamara.
- Leclair, J.** (2004). Judicial Review in Canadian Constitutional Law: A Bried Overview. *Georg Washington International Law Review*, vol. 36, pp. 543-555.
- Lijphart, A.** (1977). *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*. New Haven: Yale University Press.
- Linares, S.** (2008). El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. *Revista mexicana de sociología*, 70(3), pp. 487-539.
- Linares, S.** (2013). Una crítica al ideal contemporáneo de democracia. Artículo borrador.
- Lock, J.** (1988). *Two Treatises of Government*. (Ed.: P. Laslett). Cambridge: Cambridge University Press.
- López Medina, D. E.** (2006). *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional*. Bogotá: Legis.
- López Medina, D. E.** (2008). «Sistema de salud» y «derecho a la salud»: Historia de su interrelación en la jurisprudencia constitucional. Documento presentado en el Foro «Contexto Económico y Jurisprudencial del Sistema de Salud en Colombia», Bogotá.
- López Medina, D. E.** (2014). La «cultura de la legalidad» como discurso académico y como práctica política. Un reporte desde América Latina. En

- I. Wences, R. Conde y A. Bonilla (Eds.), *Cultura de la legalidad en Iberoamérica: desafíos y experiencias* (pp. 47-82). San José: FLACSO.
- Madison**, J., Hamilton, A. y Jay, J. (2003). *The Federalist Papers* (ed. Clinton Rossiter). New York: New American Library.
- Marshall**, T. H. (1950). *Citizenship and social class*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Martí**, J. L (2006). *La república deliberativa: una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- Marx**, K. (2008). Sobre la cuestión judía. En *Escritos de juventud sobre el derecho* (pp. 171-204) (Trad.: Rubén Jaramillo). Barcelona: Anthropos Editorial.
- Mazariegos**, M. (2014). *Derecho a la consulta y disenso: por el uso contrahegemónico del derecho*. (Tesis doctoral). Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Melero**, M. (2013). La interpretación constructiva en el constitucionalismo commonwealth: ¿activismo o vandalismo judicial? *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 5, pp. 27-49.
- Melero**, M. (2014). La interpretación constructiva en el constitucionalismo commonwealth: ¿activismo o vandalismo judicial?. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, pp. 27-49.
- Mejía Guinand**, L. B., Botero, F. y Rodríguez Raga, J. C. (2008). ¿Pavimentando con votos? Apropiación presupuestal para proyectos de infraestructura vial en Colombia, 2002-2006. *Colombia Internacional*, 68, jul-dic, pp. 14 – 42.
- Montoya**, A. M. (2013). «Si no vas al Senado, no te eligen magistrado». Instituciones informales y criterios de selección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado (1992-2009). *Colombia Internacional*, No. 79, pp. 155-190.
- Moreso**, J. J. (2000). Derechos y justicia procesal imperfecta. *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, núm. 1, pp. 15-51.

- Moreso, J. J.** (2004). El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 27, pp. 45-62.
- Moreso, J. J.** (2005). Conflictos entre principios constitucionales. En M. Carbonell (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 99-122). Madrid: Trotta.
- Moreso, J. J.** (2011). Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Num. 34, pp. 183-199.
- Moreso, J. J.** (2013). Ethica more iuridico incorporata: Luigi Ferrajoli. *Anuario de filosofía del derecho*, 29, pp. 161-180.
- Moreso, J. J.** (2013). La ciudadela de la moral en la corte de los juristas. *Vox Juris*, 26.2, pp. 197-214.
- Naciones Unidas** (2005). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, Adición: Misión a Colombia*. (E/CN.4/2005/88/Add.2), 10 de noviembre de 2004. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4353.pdf?view=1>. Última consulta: 07/09/2015.
- Nieto, E. y Arango, A.** (2011). Costos de los servicios de salud tutelados y del proceso legal de las tutelas en Medellín, 2009. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, 29(3), pp. 223-231.
- Nino, C. S.** (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Nohlen, D.** (2005). *Elections in the Americas: A Data Handbook. Volume 2: South America*. Oxford: Oxford University Press.
- Nozick, R.** (1974). *Anarchy, state, and utopia*. New York: Basic Books.
- Orunesu, C.** (2012). Los límites de la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, pp. 31-48.

- Orunesu, C.** (2012). *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*. Madrid: Marcial Pons.
- Ovejero, F.** (2008). *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo*. Buenos Aires: Katz Editores.
- Parra Vera, O. y Yamin, A. E.** (2013). La Sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica. En L. Clérico *et al.* (Eds.), *Salud: Sobre (des)Igualdades y Derechos* (pp. 2591-2649). Buenos Aires: Editorial Abelardo Perrot.
- Pazé, V.** (2013). *En nombre del pueblo. El problema democrático*. Madrid: Marcial Pons.
- Pettit, P.** (1997). *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press.
- Pettit, P.** (2000). Democracy, electoral and contestatory. En I. Shapiro y S. Macedo, *Nomos XLII: Designing democratic institutions* (pp. 105-144). New York: New York University Press.
- Pettit, P.** (2012). *On the people's terms: a republican theory and model of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. 333 pp.
- Pintore, A.** (2001). Derechos insaciables. En A. Cabo y G. Pisarello (Ed.s), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (pp. 243-265). Madrid: Trotta.
- Pintore, A.** (2009). Il nome delle cose. In margine a Principia Juris di Luigi Ferrajoli, *Sociología del Diritto*, 2, pp. 27-50.
- Prieto Sanchís, L.** (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Prieto Sanchís, L.** (2011). Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Num. 34, pp. 229-244.
- Prieto Sanchís, L.** (2013). *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.

- Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas (PMA)** y Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). (2005). *Identificación de las necesidades alimentarias y no alimentarias de los desplazados internos. Una encuesta conjunta de las poblaciones desplazadas internamente en Colombia*. Bogotá.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)**. (2012).
- Rabossi, E.** (1998). Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché. *Lecciones y Ensayos*, 69-71, pp. 41-51.
- Ramírez Cleves, G.** (2003). *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- Ramírez Cleves, G.** (2006). El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo. *Revista Derecho del Estado*, no 18, pp. 3-32.
- Ramírez Cleves, G.** (2008). Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: entre democracia y demagogia. *Revista Derecho del Estado*, no 21, pp. 145-176.
- Rawls, J.** (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Rawls, J.** (1996). *Political liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Rawls, J.** (2001). *Justice as fairness: A restatement*. E. Kelly (Ed.). Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Rodríguez Garavito, C.** (2011). Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, Vol. 89, pp. 1669-1698.
- Rodríguez Garavito, C.** (2012). La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones. En O. Bernal y C. Gutierrez (Comp.), *La*

salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones (pp. 507-560). Bogotá: Ediciones Uniandes.

Rodríguez Garavito, C. y Arenas, L. C. (2007). Derechos indígenas, activismo transnacional y movilización legal: la lucha del pueblo U'wa en Colombia. En B. De Sousa Santos y C. Rodríguez Garavito (Eds.), *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita* (pp. 217-239). Barcelona: Anthropos.

Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2009). Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia. *La protección judicial de los derechos sociales*, pp. 321-373.

Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2010). *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

Rodríguez, G. A., Ardila, C. y Puentes, A. (2010). El laberinto de los U'was en ejercicio del derecho a la resistencia. *Revista Diálogos de Saberes*, No. 32, pp. 173-193.

Rubiano Galvis, S. (2009). La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política. En M. García Villegas y J. E. Revelo Rebolledo, *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y estado de derecho en Colombia, 2002-2009* (pp. 85-146). Bogotá: Dejusticia.

Ruiz Miguel, A. (2011). Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 34, pp. 275-288.

Sadurski, W. (2002). Judicial review and the protection of constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 22, no 2, p. 275-299.

Saffon, M. P. y García Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, no 1, pp. 75-107.

- Sánchez, B.** (2001). El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indígena. En B. de Sousa Santos y M. García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Vol. 2 (pp. 23-142), Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Sajó, A.** (2006). Social Rights as Middle-Class Entitlements in Hungary: The Role of the Constitutional Court. En R. Gargaeralla *et al.* (Eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?* (pp. 83-106). Hampshire: Ashgate Publishing.
- Sardi, E.** (2007). Cambios socio-demográficos en Colombia: período intercensal 1993–2005. *Revista de Información Básica*. Revista Virtual. Año 4, Vol. 2 Num. 2. Disponible en: https://www.dane.gov.co/revista_ib/html_r4/articulo2_r4.htm (última visita: 11/09/2015).
- Sauca, J. M.** (1995). La ciencia de la asociación de Tocqueville. Presupuestos metodológicos para una teoría liberal de la vertebración social. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Sauca, J. M.** (2009). Cognitivismo y el *rule of law*: En torno a los límites del formalismo. En: M.C. Redondo, J.M. Sauca y P. A. Ibáñez, *Estado de Derecho y decisiones judiciales* (pp. 41-61). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Sauca, J. M.** (2015). Liberalismo e identidad cultural en Dworkin. En J.M. Sauca (Ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo* (pp. 311-332). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sauca, J. M. y Wences Simon, M. I.** (2009). Participación ciudadana y diversidad cultural: la Comisión Bouchard-Taylor. *Andamios*, vol. 5, no 10, p. 9-37.
- Sheppard, C.** (2012). Inclusion, Voice, and Process-Based Constitutionalism. *Osgoode Hall LJ*, Num. 50, pp. 547-574.

- Sheppard, C.** (2015). «Bread and Roses»: Economic Justice and Constitutional Rights. *Oñati Socio-legal Series*, 5 (1), pp. 225-245.
- Simmons, A. J.** (1981). *Moral principles and political obligations*. Princeton: Princeton University Press.
- Tushnet, M.** (2004). Social welfare rights and the forms of judicial review. *Texas Law Review*, Vol. 82, pp. 1895-1919.
- Tushnet, M.** (2009). *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press.
- Tushnet, M.** (2009). Dialogic judicial review. *Arkansas Law Review*, Vol. 61, pp. 205-216.
- Tushnet, M.** (2016). Editorial. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 14, No. 1, pp. 1-5.
- Universidad de los Andes** (2012). *Análisis descriptivo de las tutelas que involucran el servicio de salud en el Primer trimestre 2012: Enfocado en los problemas jurídicos identificados en la Sentencia T760*, Bogotá: Universidad de los Andes.
- Uprimny, R. y Duran, J.** (2014). *Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Valencia Villa, H.** (2010). *Cartas de Batalla: una crítica al constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Editorial Panamericana.
- Vargas Reina, J.** (2014). Análisis comparativo de los diseños institucionales que regulan la participación de las víctimas en Colombia: antes y después de la Ley 1448 de 2012. *Estudios Socio-Jurídicos*, 16(1), pp. 165-206.
- Vasak, K.** (1977). La larga lucha por los derechos humanos. *El Correo de la UNESCO*, año XXX, pp. 29-32.

- Waldron, J.** (1990). Rights and Majorities: Rousseau Revisited. *Nomos XXXII Majorities and Minorities*, (pp. 44-75). New York: New York University Press.
- Waldron, J.** (1993). A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.: 13, iss.: 1, pp. 18-51.
- Waldron, J.** (1993). Special ties and natural duties. *Philosophy & Public Affairs*, pp. 3-30.
- Waldron, J.** (1996). Kant's Legal Positivism. *Harvard Law Review*, pp. 1535-1566.
- Waldron, J.** (1999). *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, Oxford, 1999.
- Waldron, J.** (1999). *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Waldron, J.** (2006). The Core of the Case against Judicial Review. *Yale Law Journal*, 115, pp. 1346 - 1406.
- Waldron, J.** (2006). «Disagreement and Response». *Israel Law Review*, vol. 39, p. 50-68.
- Waldron, J.** (2008). Can there be a democratic jurisprudence? *Emory Law Journal*, vol.: 58, pp. 675–712.
- Waldron, J.** (2009). Judges as moral reasoners. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, no 1, pp. 2-24.
- Waldron, J.** (2009). Refining the question about judges' moral capacity. *International journal of constitutional law*, vol. 7, no 1, p. 69-82.
- Waldron, J.** (2009). Representative Lawmaking. *Boston University Law Review*, vol. 89, p. 335-355.
- Waldron, J.** (2014). Never mind the constitution. *Harvard Law Review*, vol. 127, pp. 1147-1172.
- Waluchow, W. J.** (2007). *A common law theory of judicial review: The living tree*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Waluchow, W. J.** (2007). Judicial review. *Philosophy Compass*, Vol. 2, No. 2, pp. 258-266.
- Walzer, M.** (1981). Philosophy and democracy. *Political theory*, Vol. 9, No. 3, pp. 379-399.
- Wences, I., Conde, R., y Bonilla, A.** (2014). *Cultura de la legalidad en Iberoamérica: desafíos y experiencias*. San José: FLACSO.
- Young, I. M.** (1989). Polity and group difference: A critique of the ideal of universal citizenship. *Ethics*, vol. 99, no 2, pp. 250-274.
- Young, I. M.** (1990). *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press.
- Young, I. M.** (2000). *Inclusion and democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- Young, I. M.** (2002). Status inequality and social groups. *Issues in Legal Scholarship*, 2(1), pp. 1-10.
- Zurn, C.** (2002). Deliberative Democracy and Constitutional Review. *Law and Philosophy*, 21, pp. 467–542.
- Zurn, C.** (2007). *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*. Cambridge: Cambridge University Press.

Sentencias citadas:

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 4 de marzo de 1997. C.P.: Libardo Rodríguez Rodríguez, ref: expediente No S-673

Corte Constitucional, Auto 185 de 2004

Corte Constitucional, Auto 218 de 2006

Corte Constitucional, Auto 109 de 2007

Corte Constitucional, Auto 092 de 2008

Corte Constitucional, Auto 004 de 2009

Corte Constitucional, Auto 005 de 2009

Corte Constitucional, Auto 006 de 2009

Corte Constitucional, Auto 008 de 2009

Corte Constitucional, Auto 009 de 2009

Corte Constitucional, Auto 219 de 2011

Corte Constitucional, Auto 173 de 2012

Corte Constitucional, Auto 173 de 2014

Corte Constitucional, Sentencia T-428 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, Sentencia T-491 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-499 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-184 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, Sentencia T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia T-705 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia T-227 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia T-458 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-373 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-652 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia T-739 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, Sentencia T-874 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional, Sentencia T-902 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia SU-090 de 2000, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia SU-1150 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T-1204 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-130 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia T-215 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia T-602 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia T-880 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia C-278 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia T-971 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sentencia T-762 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 8/02, Minister of Health v. Treatment Action Campaign, julio de 2002.

Corte Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 11/00, Government of the Republic of South Africa and Others v. Irene Grootboom and Others.